

Der Verstoß gegen ein
gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit
von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB)

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Rainer Kramer
aus Mainz

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555607_0032

Der Verstoß gegen ein
gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit
von Rechtsgeschäften (§134 BGB)

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Rainer Kramer
aus Mainz

1976



Erstberichterstatter: Professor Dr. iur. Hadding
Zweitberichterstatter: Professor Dr. iur. Mühl
Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1976

Inhaltsübersicht	I
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungen	XV
Einleitung	1
1. Abschnitt: Die Anwendung des § 134 BGB in Rechtsprechung und Literatur	7
§ 1 Die Auffassung der Rechtsprechung und der im Schrifttum herrschenden Meinung	7
I. Die Bedeutung des letzten Halbsatzes in § 134 BGB für das Verpflichtungsgeschäft	7
a) Der Wortlaut des Verbotsgesetzes als An- haltspunkt	8
b) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot	8
c) Der Zweck des Verbotsgesetzes als ent- scheidendes Kriterium der Auslegung	11
d) Einteilung der Verbotsgesetze im römischen Recht	12
II. Die Bedeutung des letzten Halbsatzes in § 134 BGB für das Erfüllungsgeschäft	13
III. Rechtsfolgen des Gesetzesverstoßes	13
a) § 134 als Blankettnorm	13
b) Differenzierungen hinsichtlich der Rechts- folge eines Gesetzesverstoßes	14
aa) Verstoß gegen Preisvorschriften	14
bb) Gesetzesverstoß bei Dauerschuldverhältnissen im Arbeits- und Gesellschaftsrecht	16

IV. Die Rechtsprechung im einzelnen	17
a) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot	17
b) Der Zweck des Verbotsgesetzes als Auslegungs- kriterium	18
aa) Im öffentlichen Interesse erlassene An- ordnungen	18
bb) Gewerbepolizeiliche Vorschriften	19
cc) Schutz der öffentlichen Ordnung	20
dd) Der Zweck des Verbotsgesetzes erfordert die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes	21
aaa) AG Flensburg JW 1930, 3655	21
bbb) RG JW 1938, 2837	23
ccc) LG Aurich NJW 1950, 955	23
ddd) BAGE 8, 47	24
eee) BGHZ 37, 258	24
fff) BGHZ 37, 363	25
ggg) OLG Stuttgart DNotZ 1964, 734	26
hhh) LG Stuttgart NJW 1965, 354	26
iii) BGH NJW 1969, 661	27
jjj) BGHZ 53, 152	27
kkk) LG Berlin NJW 1971, 2175	27
lll) OLG Köln MDR 1970, 673	27
mmm) BGH WPM 1973, 1024	28
ee) Nichtigkeit als zivilrechtliche Sanktion ist zur Erreichung des Zweckes der Verbotsgesetzes n i c h t notwendig	29
ff) Einbeziehung der sonstigen Rechtsfolgen für die Beurteilung der Frage, ob Nichtigkeit ein- tritt	30
gg) Abhängigkeit der Wirksamkeit von der Art des geschützten Rechtsgutes	32
Zusammenfassung	33
V. Kritik	34
a) Die Anknüpfung an den Sprachgebrauch des Ver- botsgesetzes	34

b) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot	35
c) Der Zweck des Verbotsgesetzes als Auslegungskriterium	36
aa) Die Einteilung in Ordnungsvorschriften und "echte" Verbotsgesetze	36
bb) Nichtigkeit ist zur Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes nicht notwendig	40
cc) Einbeziehung der sonstigen Rechtsfolgen für die Beurteilung der Frage, ob Nichtigkeit eintritt	41
dd) Abhängigkeit der Wirksamkeit von der Art des geschützten Rechtsgutes	42
ee) Der Zweck des Verbotsgesetzes erfordert die Nichtigkeit	43
d) § 134 als Blankettnorm	43
 § 2 Andere Lösungswege	 45
 I. Die Auffassung von Raestrup	 45
a) Die Einteilung in sogenannte Zivilverbote und öffentlich-rechtliche Verbote	45
b) Kritik	48
 II. Die Lehre von Flume	 49
a) Das Verbot des Rechtsgeschäftes und das Verbot des rechtsgeschäftlichen Handelns	49
aa) Darstellung	49
bb) Kritik	51
b) Die Wirkung der Verbotsgesetze	52
aa) Darstellung	52
bb) Kritik	53
 III. Die Auffassung Pawlowskis	 60
a) Einteilung in Abreden und durchgeführte Verträge	60
aa) Einteilung der Verbote von Abreden	61
bb) Einteilung der Verbote bei durchgeführten Verträgen	61

cc) Begründung der vorgeschlagenen Einteilung	63
b) Kritik	64
 IV. Die Auffassung Ernst Wolfs	 69
a) Darstellung	69
b) Kritik	70
 2. Abschnitt: Eigener Lösungsvorschlag	 72
§ 3 Ausgangspunkt: Wird der Zweck eines Verbots- gesetzes am ehesten erreicht, wenn das gegen dieses Verbot verstoßende Rechtsgrunde- schäft nichtig ist?	72
 I. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz eines Vertragspartners bezwecken	 73
a) Ansprüche des verbotswidrig Handelnden	74
b) Ansprüche des geschützten Vertragspartners	84
c) Wird der Zweck des Verbotsgesetzes eher bei Nichtigkeit des Vertrages erreicht?	86
d) Allgemeine Folgerungen aus der Untersuchung des Beispiels	88
 II. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz von Personen bezwecken, die nicht am Vertrag beteiligt sind	 89
a) Erfüllungsansprüche	90
b) Rückforderungsansprüche	92
c) Ergebnis	92
 III. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz der öffentlichen Ordnung im weiten Sinne be- zwecken	 93

IV. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz der öffentlichen Ordnung im engeren Sinne bezwecken	94
V. Besondere Fälle aus der Rechtsprechung	95
a) Schutz der "Allgemeinheit" und der "Bevölkerung"	95
b) BGH DB 1972, 1477	99
c) AG Köln NJW 1973, 662 - LG Köln MDR 1974, 143	103
VI. Ergebnis	105
§ 4 Wird der Zweck eines Verbotsgesetzes auch am sichersten erreicht, wenn das Erfüllungsgeschäft ebenfalls nichtig ist?	106
I. Ausgangspunkt	106
II. Beispiele aus der Rechtsprechung	109
a) Verkauf von Lebensmitteln	109
b) Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept	109
c) Schutz der öffentlichen Ordnung	109
d) Ergebnis	110
III. Gilt der Grundsatz der sichersten Zweckerreichung auch für das Erfüllungsgeschäft hinsichtlich der Gegenleistung?	111
§ 5 Rechtliche Einordnung der Regel von der sichersten Zweckerreichung	112
I. Ausgangspunkt: § 134	113
II. Die Auslegung des jeweiligen Verbotsgesetzes	117
a) Der Wortlaut des Gesetzes	118
b) Bedeutungszusammenhang	118

c) Teleologische Auslegung	119
III. Wann wird der Zweck eines Verbotsgesetzes eher bei (teilweiser) Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erreicht?	119
a) Preisvorschriften	119
b) Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit - § 3 AZO	121
c) Fehlerhafte Dauerrechtsverhältnisse	122
§ 6 Begründung der Nichtigkeit aus § 309 BGB	123
§ 7 Führt die gekennzeichnete Auslegung der Verbotsge- setze zu jederzeit vertretbaren Ergebnissen?	125
I. Rechtssicherheit	125
II. Ist die zivilrechtliche Sanktion der grundsätz- lichen Nichtigkeit unbillig?	126
a) Ausgangspunkt der Rechtsprechung und Literatur	126
b) Gleiche Ergebnisse vor Erfüllung	128
c) Die Situation nach Erfüllung	128
aa) Beide Parteien haben ihre Leistung erbracht	128
bb) Die rechtliche Situation bei Vorleistung	129
aaa) Die Fälle, in denen ein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 besteht	130
bbb) Keine Anwendung des § 817 S. 2 bei mangelnder Kenntnis des Gesetzesverstößes	130
ccc) Nichtanwendung des § 817 S. 2 zu Lasten des Ver- tragsteils, dessen Schutz das Verbotsgesetz be- zweckt	131
ddd) Vorleistung durch einen Vertragspartner, der nicht zum geschützten Personenkreis gehört	131
cc) Vorleistungsähnliche Situationen bei beiderseits erfüllten Verträgen	136
d) Ausschluß der vertraglichen Rechte bei nichtigem Rechtsgeschäft	139

Ergebnis

143

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Amtrup Probleme des finanzierten Ehemakler-
vertrages, NJW 1971, 84
- Bartholomeyczik Die Kunst der Gesetzesauslegung
4. Aufl., Frankfurt am Main 1964
- Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung, 32. Aufl.,
München 1974
- Baur Lehrbuch des Sachenrechts, 8. Aufl.,
München 1975
- Becker Die ausdehnende Anwendung des § 817
Satz 2 BGB, NJW 1952, 53
- Beer Die relative Unwirksamkeit, Diss.
München 1975
- Benöhr Anmerkung zu AG Köln NJW 1973, 662,
NJW 1973, 1286
- ders. Anmerkung zu LG Karlsruhe NJW 1975,
1420, NJW 1975, 1970
- Berg Der finanzierte Ehemaklervertrag-
LG Berlin, NJW 1971, 2175, und LG
Konstanz NJW 1972, 1992, JuS 1973,
548
- Beuthien-Hadding-
Lüderitz-Medicus-Wolf Studienkommentar zum BGB, Erstes bis
Drittes Buch (§§ 1 - 1296), Frank-
furt 1975, zit.: Hadding, StudK BGB,
Lüderitz, StudK BGB
- Boehmer Grundlagen der bürgerlichen Rechts-
ordnung Erstes Buch Das bürgerliche
Recht als Teilgebiet der Gesamt-
rechtsordnung, Tübingen 1950,
zit.: Boehmer, Grundlagen I
- ders. Rechte und Pflichten des Käufers
einer gestohlenen Sache, JZ 1953,
392
- ders. Einige Fragen zu der sog. Vinkulierung
des Hausrats in § 1369 BGB n. F.,
FamRZ 1959, 1
- Brangsch Anmerkung zu LG Kreunznach NJW 1951,
807

- Bufe § 817 Satz 2 BGB, AcP 157 (1958/1959), 215
- Burchardt Rechtswirksamkeit eines Arbeitsvertrages bei unterlassener Vorlage des nach §§ 17, 18 Bundes-Seuchengesetz vorgeschriebenen Gesundheitszeugnisses DB 1969, 2087
- v. Caemmerer Preisverstöße und § 817 S. 2 BGB, SJZ 1950, Sp. 646
- ders. Anmerkung zu LG Göttingen MDR 1951, 161
- Dempewolf Anmerkung zu LG Köln NJW 1964, 252
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen, 1. Halbband 1959; 2. Halbband 1960
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 1. Band, Münster 1975, zit.: Erman-H. Westermann, Erman-Battes, Erman-H. P. Westermann
- Esser Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970, zit.: Esser SAT Band II Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971, zit.: Esser SBT
- Fabricius Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes? JZ 1973, 85
- Fikentscher Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin, New York 1973
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- ders. Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103
- Fuhr Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 2, Loseblattkommentar, Neuwied, Stand 1972
- Gilles Zur aktuellen Zivilrechtsproblematik gewerbsmäßiger Ehevermittlung, JZ 1972, 377

Hammes	Das Problem des § 817 S. 2 BGB - Insbesondere die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB bei Rückforderung einer durch Verletzung der Preis- oder Bewirtschaftungsvorschriften bewirkten Leistung, JR 1950, 11
Heck	Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, AcP 124 (1925), 1
Höbold	Die Umgehung des § 656 BGB beim Abschluß von Ehemaklerverträgen und die Rechtswirksamkeit der mit Ehemaklerverträgen gekoppelten Darlehensverträge, NJW 1970, 1869
Holschbach	Zur Wirksamkeit von Darlehensgeschäften "an der Haustür", NJW 1973, 444
Honsell	Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München 1974
ders.	Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JZ 1975, 439
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
Kaser	Römisches Privatrecht, 6. Aufl., München 1968
W. Kisch	Anmerkung zu AG Flensburg JW 1930, 3655
Klang-Gschnitzer	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Vierter Band, erster Halbband, 2. Aufl., Wien 1968
Knöpfle	Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, 697
Lackner	Strafgesetzbuch, 9. Aufl., München 1975
Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler	Gewerbeordnung, 12. Aufl, München 1969
Lange, Heinrich	BGB Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 1974
Langen	Welche Bedeutung hat heutzutage der Ausdruck "gesetzliches Verbot" in § 134 BGB? in Festschrift für R. Isay, Köln, Berlin 1956, S. 321

- Pawlowski Allgemeiner Teil des BGB, Grund-
 lehren des bürgerlichen Rechts,
 Band 2, Rechtsgeschäft und Rechtsver-
 wirklichung, Tübingen 1972, zit.:
 Pawlowski AT II
- ders. Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger
 Willenserklärungen, Göttingen 1966
- ders. Zum Umfang der Nichtigkeit bei Ver-
 stößen gegen "öffentlich-rechtliche"
 Verbotsgesetze (§§ 35, 210 AVAVG), JZ
 1966, 696
- ders. Anmerkung zu BGH JZ 1970, 504, 506
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 I. Band Allgemeiner Teil, 4. Aufl.,
 Berlin 1913
 II. Band 2. Hälfte
 Recht der Schuldverhältnisse (Be-
 sonderer Teil) 4. Aufl., Berlin und
 Leipzig 1928
- Raestrup Über die Nichtigkeit von Rechtsge-
 schäften, die gegen ein gesetzliches
 Verbot im Sinne des § 134 BGB ver-
 stoßen, Diss. Marburg 1930
- Raiser, Ludwig Anmerkung zu BGH JZ 1951, 716
- Ramm Einführung in das Privatrecht/
 Allgemeiner Teil des BGB, Band II
 München 1969
- Reeb Grundprobleme des Bereicherungsrechts,
 München 1975
- Reichsgerichtsräte Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
 herausgegeben von Reichsgerichtsräten
 und Bundesrichtern, 11. Aufl., I. Band
 1. und 2. Teil, II. Band, 1. und 2.
 Teil, Berlin 1959 und 1960, zit.:
 RGRK-Krüger-Nieland, RGRK-Wilde,
 RGRK-Kuhn, RGRK-Schneffler
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 11. Aufl.,
 München 1974
- Rost Probleme der Kondition wegen miß-
 billigter Leistungsannahme und ihres
 Ausschlusses bei gleichfalls miß-
 billigter Leistungshingabe - § 817
 BGB, Diss. Marburg 1972

- Roth Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968, 101
- Rother Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), 498
- Schwabe Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971
- Seidl Römisches Privatrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Seiler § 817 S. 2 und das römische Recht, in Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 379
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., Band 1 (Allgemeiner Teil); Band 2 (Schuldrecht I); Band 3 (Schuldrecht II); Band 4 (Sachenrecht), Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967, 1969 und 1968, zit.: Soergel-Siebert-Hefermehl, Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, Soergel-Siebert-Ballerstedt, Soergel-Siebert-Mühl
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10./11. Aufl., II. Band, Teil 1 c, 4. Teil, Berlin 1967 und 1975, zit.: Staudinger-Werner, Staudinger-Kaduk, Staudinger-Seufert
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., I. Band, II. Band 2. Teil, Berlin 1957 und 1955, zit.: Staudinger-Coing, Staudinger-Ostler
- Szgunn-Neumann Gesetz über das Kreditwesen vom 10.7.1961, Stuttgart 1961
- v. Tuhr Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, München und Leipzig 1918
- Westermann, Harry Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
- Wolf, Ernst Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Köln, Bonn, Berlin, München 1973
- ders. Anmerkung zu BAG SAE 1973, 10, 13
- Wolff-Bachhof Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974

Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10. Bearb., Tübingen 1957
v. Zezschwitz	Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, Diss. Marburg 1967
Zmarzlik	Arbeitszeitordnung, Heidelberg 1967

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Österreich. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I. S. 1089)
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) vom 16. Mai 1961 (BGBl. I S. 533)
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 (RGBl. S. 277)
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, Arbeitsrechtliche Praxis (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 3. April 1957 (BGBl. I S. 322)
AZO	Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938 (RGBl. I S. 447)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195)

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
BörsG	Börsengesetz vom 22. Juni 1896 i.d.F. der Bek. vom 27. Mai 1908 (RGBl. S. 215)
BSeuchG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten bei Menschen (Bundes-Seuchengesetz) vom 18. Juli 1961 (BGBI. I S. 1012, BGBI. I S. 1300)
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 8. Januar 1963 (BGBI. I S. 2)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
dolo petit ... dolo facit qui petit quod statim redditurus est	
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
f, ff	folgende, folgenden
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr und Seite)
Fn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung vom 26. Juli 1900 (RGBl. S. 871)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219)
h. M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)

JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KO	Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. S. 351)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 (BGBl. I S. 881)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Nummer der Entscheidung und Gesetzesstelle)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mot.	Motive
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Band und Seite)
Preuß. StGB	Preußisches Strafgesetzbuch vom 14. April 1851
RBer(at)G	Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1478)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
SAT	Schuldrecht Allgemeiner Teil
SBT	Schuldrecht Besonderer Teil
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Spalte)

sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SpielbVO	Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27. Juli 1938 (RGBl. I S. 955)
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RBl. S. 127)
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung vom 17. Sept. 1965 (BGBl. I S. 1374)
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954) vom 9. Juli 1954 (BGBl. I S. 175)
WPM	Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
WVG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745)
ZPO	Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12. September 1950 (BGBl. I S. 533)

E i n l e i t u n g

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist nunmehr seit 75 Jahren in Kraft und doch finden sich immer noch einzelne Regelungen, deren Auslegung uneinheitlich ist und deren Anwendung nicht zur Rechtssicherheit für die Betroffenen geführt hat. Zu diesen Regelungen rechnet aus dem ansonsten weithin gründlich durchforschten Allgemeinen Teil die Vorschrift des § 134 BGB. Sie lautet:

"Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt."

Welche Zweifel hier bestehen, soll anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung der jüngsten Vergangenheit vor Augen geführt werden:

(1) Eine unverheiratete Frau wurde von einem Vertreter eines Ehevermittlungsinstituts aufgesucht. Der Vertreter veranlaßte sie, eine Erklärung zu unterschreiben, mit der sie dem "Partnerkreis" des Instituts beitrug. Auf Vorschlag des Vertreters unterschrieb sie sodann noch ein von diesem ausgefülltes Formular. Hierin bat sie eine mit dem Institut ständig zusammenarbeitende Bank um Gewährung eines Darlehens für die gesamten "Dienstleistungen" des Instituts sowie die Kreditkosten der Bank. Gleichzeitig verpflichtete sich die Frau zur ratenweisen Rückzahlung an die Bank, wobei sie die Bank anwies, die Dienstleistungsgebühr an das Institut auszus zahlen.

Es handelt sich um einen in letzter Zeit häufig aufgetretenen Fall, daß die Dienste von Heiratsinstituten und die zur Finanzierung der Heiratsvermittlerkosten notwendigen Darlehen an der Haustür angeboten werden ¹⁾.

¹⁾ Vgl. z.B. Amtrup, NJW 1971, 84; Gilles, JZ 1972, 377

Gemäß § 56 Abs.1 Nr.6 GewO ist der Abschluß sowie die Vermittlung von Rückkaufgeschäften (§ 4 Abs.4 GewO) und von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe verboten. Da Darlehensgeschäfte der geschilderten Art also gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verstoßen, ist die Frage zu stellen, ob diese Darlehensverträge gemäß § 134 BGB ¹⁾ nichtig sind.

Das LG Konstanz ²⁾ sowie das LG Kempten ³⁾ haben diese Frage mit nahezu wörtlich übereinstimmender Begründung verneint. Dagegen haben sich bei gleichem Sachverhalt das LG Berlin ⁴⁾ sowie das AG Spandau ⁵⁾ für Nichtigkeit ausgesprochen. Obwohl die genannten Gerichte ihre Entscheidungen einheitlich mit dem Zweck des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO begründen, sind sie zu entgegengesetzten Ergebnissen gekommen. Das LG Berlin meint, der durch § 56 Abs.1 Nr.6 GewO bezweckte Schutz der Allgemeinheit vor der Gefahr, unüberlegt Verpflichtungen einzugehen, und vor wucherischer Ausbeutung ⁶⁾ könne nur erreicht werden, wenn als Sanktion die Nichtigkeit des Vertrages eintritt. Das LG Konstanz dagegen hält bei Wucher eine Nichtigkeit gemäß § 134 im Hinblick auf § 138 Abs.2 für nicht notwendig. Eine Überrumpelung lag jedoch nach Auffassung des Gerichts wegen der besonderen Umstände in dem zu entscheidenden Fall nicht vor. Auffällig ist, daß hier die eigentlich allgemein zu entscheidende Frage, ob wegen Verstoßes gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO gemäß § 134 Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages anzunehmen ist, letztlich vom konkreten Einzelfall her beantwortet wurde. Soweit Stellungnahmen der Literatur vorliegen, wird auch hier für die Frage der Wirksamkeit des unter Verstoß gegen die erwähnte Regelung geschlossenen Vertrages vom Sinn und Zweck des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO her argumentiert.

1) Vorschriften ohne Angabe des Gesetzes sind im folgenden Paragraphen des BGB

2) NJW 1972, 1992 f

3) JR 1972, 247 f

4) NJW 1971, 2175 f

5) JZ 1972, 403

6) Vgl. Fuhr, § 56 2 v); Landmann - Rohmer - Eyermann - Fröhler, § 56, 87

Berg ¹⁾ sieht im Anschluß an das LG Berlin ²⁾ den Schutz der im Reisegewerbe aufgesuchten minderbemittelten Bevölkerung vor Eingehung unüberlegter Verpflichtungen nur gewährleistet, wenn als Sanktion die Nichtigkeit des Vertrages eintritt. Holschbach ³⁾ dagegen hält einen entgegen dem Verbot des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO abgeschlossenen Darlehensvertrag für wirksam, da diese Vorschrift nur die Vermögensinteressen des Darlehensnehmers schütze; dabei sei dieses Interesse weniger schutzwürdig, weil das Vermögen als Rechtsgut nicht in § 823 Abs.1 BGB genannt sei ⁴⁾.

(2) Zu dem insoweit ähnlich gelagerten Fall des § 56 Abs.1 Nr.2 GewO, wonach das Feilbieten von Edelsteinen und Edelmetallen im Reisegewerbe verboten ist, hat das OLG Düsseldorf ⁵⁾ entschieden, daß der gegen diese Vorschrift verstoßende Kaufvertrag nicht nichtig sei. Auch dieses Gericht begründete seine Entscheidung von Sinn und Zweck des § 56 Abs.1 Nr.2 GewO her. Danach solle diese Vorschrift weder den Erfolg des Kaufvertrages, also den Erwerb der Ware, verhindern, noch sei der Bestand des Vertrages mit dem Zweck des Verbotes unvereinbar. Das Verbot des § 56 Abs.1 Nr.2 GewO habe lediglich gewerbepolizeiliche Gründe und Schutzzwecke, die nicht darauf ausgerichtet seien, dem zivilrechtlichen Geschäft die Wirksamkeit zu versagen.

(3) Bei einem Verstoß gegen § 36 Abs.1 ArzneimittelG (BGB I S.533), wonach ebenfalls das Feilbieten von Arzneimitteln im Reisegewerbe verboten ist, hat das LG Stuttgart ⁶⁾ Nichtigkeit des mißbilligten Kaufvertrags angenommen. Der Zweck dieses Gesetzes, Mißständen vorzubeugen, die unter anderem dadurch entstehen können, daß beim Aufsuchen von Kunden erfahrungsgemäß für Arzneimittel, deren Anwendung

1) JuS 1973, 550; ebenso Höbold, NJW 1970, 1869

2) NJW 1971, 2175 f

3) NJW 1973, 444 ff

4) NJW 1973, 447

5) MDR 1972, 321 f

6) NJW 1965, 354 f

und Wirkung dem sachunkundigen Verbraucher nicht geläufig ist, unerlaubte Heilkunde ausgeübt wird, gehe über die bloße Regelung der äußeren Umstände des Verkaufs von Arzneimitteln hinaus. Es sollte nicht nur die öffentliche Ordnung aufrecht erhalten, sondern auch jeder Einzelne vor dem Erwerb und der Einnahme von Arzneimitteln geschützt werden, deren Wirkung nicht bekannt ist und die im Umherziehen in den Verkehr gebracht werden. Diese Zweckbestimmung erfordere es, die Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen.

(4) Ein weiteres aktuelles Beispiel zur Frage der Nichtigkeit gemäß § 134 ergibt sich aus § 6 Abs.1 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745), wonach der Wohnungsvermittler nur Wohnräume anbieten darf, wenn er dazu einen Auftrag von dem Vermieter oder einem anderen Berechtigten hat. Das AG Köln¹⁾ hat hierzu entschieden, daß ein Verstoß gegen diese Vorschrift nicht zur Nichtigkeit des Maklervertrages führe. Aus Sinn und Zweck des § 6 Abs.1 WVG lasse sich die Nichtigkeit des Maklervertrages nicht begründen. Der Gesetzgeber habe in dieser Vorschrift unseriöse Geschäftspraktiken im Maklerberuf verbieten und erreichen wollen, daß den Wohnungssuchenden aus der Tätigkeit eines Maklers keine Unannehmlichkeiten und unberechtigten Kosten erwachsen. Dagegen habe er nach der Formulierung und der Begründung des § 6 Abs.1 WVG kein darüber hinausgehendes sozialpolitisches Ziel verfolgt. Ein von einem Makler erfüllter Vertrag genieße deshalb trotz eines Verstoßes gegen § 6 Abs.1 des genannten Gesetzes Rechtsschutz²⁾.

1) NJW 1973, 662

2) Ebenso im Ergebnis Palandt-Thomas, Einf. Anm. 6) a.E. vor § 652

In seiner Anmerkung zu diesem Urteil meint Benöhr ¹⁾, der Zweck des § 6 Abs.1 WVG werde am besten erreicht, wenn der Makler, welcher gegen diese Vorschrift verstoße, seines Provisionsanspruches verlustig gehe. Dieser Verlust sei gegenüber dem Zweck, das Unwesen in seinem Berufszweig zu bekämpfen, von minderem Schutzwert. Benöhr kommt daher zur Nichtigkeit des Maklervertrages.

Alle soeben zitierten Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur gehen von Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes aus, der nach ständiger Rechtsprechung und "herrschender Meinung" letztlich für die Frage der Nichtigkeit entscheidend ist ²⁾. Obwohl jeweils Einigkeit über den Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes besteht, gehen die Ergebnisse und die Begründungen hinsichtlich der Frage, ob das gegen das gesetzliche Verbot verstoßende Rechtsgeschäft gemäß § 134 nichtig ist, gleichwohl auseinander.

Die bei diesen aktuellen Urteilen hervortretende Unsicherheit in der Anwendung des § 134 in Verbindung mit dem jeweiligen Verbotsgesetz ist jedoch nicht erst in letzter Zeit entstanden. Vielmehr zeigt die große Zahl höchstrichterlicher Urteile ³⁾, daß schon seit jeher Unsicherheit weniger hinsichtlich des Zweckes des jeweiligen Verbotsgesetzes, wohl aber bei der Anwendung des § 134 in Verbindung mit dem jeweiligen Verbotsgesetz und damit hinsichtlich der Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts bestand.

1) NJW 1973, 1286 f

2) Vgl. etwa Larenz AT, § 22 II; Palandt-Heinrichs, § 134, 2 a

3) Vgl. etwa die Übersicht bei Palandt-Heinrichs, § 134, 3

Ein weiteres Unsicherheitsmoment entsteht dadurch, daß das Problem der Wirksamkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts nicht allgemein gelöst wird. Es wird vielmehr auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Einzelfall abgestellt. So bejahte der BGH ¹⁾ im Falle eines gewerbsmäßigen Vermittlers, der von der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung nur mit der Vermittlung von Filmschauspielern zu filmkünstlerischen Leistungen beauftragt war und der einem Schauspieler ein Bühnenengagement vermittelte, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter anderem mit dem Argument, daß hier eine bloße Überschreitung der Grenzen des dem Vermittler erteilten Auftrages vorliege. Ein weiteres Beispiel bietet die schon erwähnte Entscheidung des LG Konstanz ²⁾, in der die Nichtigkeit verneint wurde, weil im konkreten Fall keine Überrumpelung vorgelegen habe ³⁾.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit soll daher die Frage sein, wann ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Es soll einmal näher untersucht werden, ob und inwieweit sich für Verbotsgesetze gleichermaßen geltende Regeln finden lassen, die eine sichere und damit für den Rechtsuchenden vorhersehbare Antwort auf die Frage geben, wann ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Dabei soll die Problematik des Verhältnisses der Verbotsgesetze zu den Vorschriften über die Begrenzung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten ⁴⁾ unberücksichtigt bleiben, da diese Frage für die Anwendung des § 134 - abgesehen von § 309 - ohne Belang ist ⁵⁾.

1) BGHZ 46, 24 f

2) NJW 1972, 1992 (Vgl. oben Seite 2)

3) Zweifelnd auch Berg, JuS 1973, 550

4) Vgl. hierzu Flume, § 17, 2 sowie Larenz AT, § 22 II

5) Vgl. Flume, § 17, 2

Des weiteren wird darauf verzichtet, die Streitfrage zu erörtern, ob die Grundrechtsregelungen im Grundgesetz Verbotsgesetze im Sinne des § 134 enthalten, da dies zum Problembereich der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte gehört ¹⁾.

1. Abschnitt: Die Anwendung des § 134 BGB in Rechtsprechung und Literatur

§ 1 Die Auffassung der Rechtsprechung und der im Schrifttum herrschenden Meinung

I. Die Bedeutung des letzten Halbsatzes in § 134 BGB für das Verpflichtungsgeschäft

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ob sich aus dem Gesetz ergibt, daß Nichtigkeit oder aber keine Nichtigkeit eintreten soll, ist nach Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum für jedes gesetzliche Verbot besonders festzustellen ²⁾. Wenn die Nichtigkeit nicht ausdrücklich als Rechtsfolge angeordnet sei, müsse durch Auslegung ermittelt werden, ob das Verbotsgesetz sich auch gegen die privatrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts richte ³⁾.

-
- 1) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 134, 2 d; Schwabe, S. 71 ff; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 7
 - 2) BGH LM Nr. 15 zu § 134: Tauschvertrag über gebrauchte Kraftfahrzeuge ohne die erforderliche Zustimmung des Bevollmächtigten für den Nahverkehr; BGH NJW 1968, 2286: §§ 28, 34, 35 des Arzneimittelgesetzes vom 16.5.1961 (BGBI. I S. 533); Planck, § 134, 2; RGRK - Krüger - Nieland, § 134, 1; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 1 und 4; Staudinger - Coing, § 134, 2
 - 3) BGH LM Nr. 15 zu § 134, BGH NJW 1968, 2286; Enneccerus-Nipperdey, § 190 II 1; Erman - H. Westermann, § 134, 5; Flume, § 17, 1; Larenz AT, § 22 II; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 1; Staudinger - Coing, § 134, 2; v. Tuhr, § 69 I

a) Der Wortlaut des Verbotsgesetzes als Anhaltspunkt

Einen Anhaltspunkt kann nach h. M. die Gesetzessprache geben. In der Regel sollen Verbotsgesetze mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften Wendungen enthalten wie "kann nicht", "ist unzulässig". Demgegenüber sollen Formulieren wie "dürfen nicht" und "sollen nicht" angeblich darauf hinweisen, daß keine Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts gewollt ist ¹⁾. Gleichwohl sei der Wortlaut des Verbotsgesetzes nicht zwingend. So trete trotz des Ausdrucks "darf nicht" (z.B. in § 30 GmbHG, §§ 57, 59, 153 Abs.4 und 5 AktG) dennoch Nichtigkeit als Rechtsfolge ein ²⁾.

b) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot

Aufschlußreich bei Beantwortung der Frage, ob Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts eintritt, kann nach Auffassung der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum in der Regel auch der Adressatenkreis des Verbotsgesetzes sein. Nichtigkeit trete regelmäßig nur ein, wenn sich ein Verbot - insbesondere eine Strafbestimmung - gegen beide Parteien eines Vertrages richte, während das Rechtsgeschäft wirksam bleibe, wenn sich das verletzte Verbotsgesetz oder die Strafvorschrift nur gegen das Verhalten eines

1) AG Köln NJW 1973, 662: § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4.11.1971 (BGBl. I S. 1745); LG Köln MDR 1974, 143 ebenfalls zum Verstoß gegen § 6 Abs. 1 WVG; Palandt-Heinrichs, § 134, 2a; Staudinger - Coing, § 134, 9)

2) AG Köln, a.a.O.; Palandt-Heinrichs, a.a.O.

Beteiligten, nicht aber gegen das Rechtsgeschäft als Ganzes richte ¹⁾.

Wie es zu der Auslegungsregel vom ein- und zweiseitigen Verbot gekommen ist, die schon in den Motiven zum BGB ²⁾ erwähnt ist, wird weder von der Rechtsprechung noch in der Literatur erläutert. Aufschlußreich ist insoweit lediglich die Begründung des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 17. März 1905 ³⁾. § 134 setze voraus, daß das Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Bei Strafvorschriften, die das Verhalten nur eines Vertragspartners unter Strafe stellen, nicht aber die Tätigkeit des Kontrahenten, der auf der anderen Seite beim Abschluß des Rechtsgeschäfts mitwirke, werde die zivilrechtliche Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts, als dessen bloßer Bestandteil sich die verbotene oder unter Strafe gestellte Handlung darstelle, nicht berührt ⁴⁾. Was hiermit gemeint ist, wird klar, wenn man dieser Entscheidung ein früheres Urteil des Reichsge-

1) RGZ 60, 273, 275: Vertrag über Abhalten vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung gegen Zusage eines Vorteils entgegen § 270 preuß. StGB vom 14.4.1851; 100, 39 f: Verkauf von unbrauchbarem Kaffeeersatz entgegen §§ 10 Nr.2, 11 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14.5.1879; 100, 238, 239, 240: Kaufvertrag ohne die vorgeschriebene behördliche Ermächtigung zum Ankauf von Schlachtpferden; 104, 105, 107: Verstoß gegen Zwangsbewirtschaftungsbestimmungen; 170, 155 f: § 4 Nr. 2 des Lebensmittelgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.1.1936 (RGBl. I S.17); BGHZ 37, 363, 365: § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27.7.1938 (RGBl. I S. 955); 46, 24, 26: § 210 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 3.4.1957 (BGBl. I S. 322); BGH NJW 1968, 2286: §§ 28, 34, 35 des Arzneimittelgesetzes vom 16.5.1961 (BGBl. I S.533); Flume, § 17, 3; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 18; Ernst Wolf AT, § 10 C. II d)

2) Mot. I, S. 210 = Mugdan I, S. 468 f

3) RGZ 60, 273 f

4) So auch Oertmann, § 134, 2b

richts vom 2. Juni 1902 ¹⁾ gegenüberstellt, das zu demselben Problem ergangen ist. Diese Entscheidung beschäftigte sich ebenfalls mit der Frage, ob ein Vertrag, durch den der eine Vertragspartner sich von dem anderen gegen Zusicherung eines Vorteils vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung abhalten läßt, gemäß § 134 nichtig war. Nach § 270 preuß. StGB vom 14. April 1851 war nämlich derjenige mit Strafe bedroht, der andere vom Bieten bei öffentlichen Versteigerungen durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält. Das Reichsgericht hatte in der ersten Entscheidung ²⁾ gerade entgegengesetzt argumentiert. Das zwischen den Vertragspartnern abgeschlossene Rechtsgeschäft beruhe einerseits auf dem Angebot des einen, dem anderen für das Unterlassen des Mitbietens 1.500 Mark zu zahlen, und andererseits auf der Annahme dieses Angebots und der Übernahme der Verpflichtung zur Gewährung der Gegenleistung (der Abstandnahme vom Bieten). Das Angebot verstoße gegen § 270 preuß. StGB, und da es ein notwendiger, untrennbarer Teil des gewollten Rechtsgeschäfts gewesen sei, so verstoße dieses selbst gegen das Verbotsgesetz und sei darum nichtig. Diese Nichtigkeit trete nicht bloß dann ein, wenn das Gesetz sich ausdrücklich gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richte, sondern auch dann, wenn die eine der beiden Willenserklärungen, aus denen das Rechtsgeschäft sich zusammensetzt, gesetzlich unzulässig gewesen sei. Später hat das Reichsgericht - wie gesagt - diese Entscheidung mit der oben wiedergegebenen Begründung ausdrücklich abgelehnt.

1) RGZ 51, 401 f

2) RGZ 51, 402

c) Der Zweck des Verbotsgesetzes als entscheidendes Kriterium der Auslegung

Bei einem nur einseitigen Verbot ist jedoch nach der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum gleichwohl Nichtigkeit anzunehmen, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen ¹⁾. Letztlich entscheidend sei demnach immer Sinn und Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes ²⁾. Enthalte das Verbot nur eine Ordnungsvorschrift, die das Rechtsgeschäft nicht seinem Inhalt nach verbiete, sondern lediglich Form, Art oder Umstände der Vornahme mißbilligt, so sei das Rechtsgeschäft wirksam. Das sei vielfach bei gewerbepolizeilichen Vorschriften der Fall ³⁾.

In jedem Fall genüge jedoch für die Anwendung des § 134 der objektive Verstoß gegen das Verbotsgesetz ⁴⁾. Das gelte auch bei einem Verstoß gegen Strafvorschriften, bei denen nur der Tatbestand erfüllt zu sein brauche, ohne daß es auf die Schuld ankomme ⁵⁾.

-
- 1) BGHZ 37, 258, 262: Art. 1 § 1 RBeratG vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1478); 53, 152, 156, 157: Vertrag über nach der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 29.9.1941 (RGBl. I S. 587) verbotene Werbung für Heilmittel; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 15
 - 2) Erman-H. Westermann, § 134, 5; Lehmann-Hübner, § 29 III 2; Oertmann, § 134, 3 c; Planck, § 134, 3 b; RGRK-Krüger-Nieland, § 134, 6; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 4, 16; Staudinger-Coing, § 134, 6
 - 3) RGZ 60, 273, 276: Verkauf am Sonntag; RGZ 103, 263 f.: Ausschank nach Polizeistunde; Palandt-Heinrichs, § 134, 2 a; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 20
 - 4) BGHZ 37, 363, 366: Spielen an einer öffentlichen Spielbank entgegen § 1 Abs.1 Nr. 2 der Verordnung über öffentliche Spielbanken vom 27.7.1938 (RGBl. I S. 955)
 - 5) Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 16, 18

d) Einteilung der Verbotsgesetze im römischen Recht

Zum Verständnis, woher die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Verbotsgesetzen stammt, kann die Einteilung im klassisch-römischen Recht behilflich sein. Es wurde unterschieden ¹⁾ zwischen einer *lex perfecta*, die das verbotene Rechtsgeschäft nichtig machte, und einer *lex minus quam perfecta*, die zwar die Vornahme des Geschäfts mit Strafe bedrohte, aber das Rechtsgeschäft nicht in seiner Wirksamkeit beeinträchtigte. Bei ihr handelte es sich im Gegensatz zur *lex perfecta* nicht um ein Verbot, das das Geschäft als solches, also den Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst, sondern nur seine näheren Umstände nach Ort, Zeit oder Person mißbilligte. Sie stellte bürgerlich-rechtlich gesehen eine Ordnungsvorschrift dar, die nur straf- oder ordnungsrechtlich sanktioniert ist ²⁾. Nach heutigem Recht wäre als *lex perfecta* etwa § 8 Abs. 2 Straßenverkehrsgesetz vom 19.12.1952 (BGBl. I S. 837, § 8 a eingefügt durch Gesetz vom 16.7.1957, BGBl. I S. 710) oder § 49 Abs. 2 Luftverkehrsgesetz in der Fassung vom 4.11.1968 (BGBl. I S. 1113) anzusehen. *Leges minus quam perfectae* wären nach der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum unter anderem die erwähnten gewerbepolizeilichen Vorschriften ³⁾. *Lex imperfecta* ist ein Gesetz, das zwar etwas verbietet, aber beim Zuwiderhandeln weder die Nichtigkeit noch eine Strafe anordnet. Solche *leges imperfectae* stellen die Sollvorschriften dar ⁴⁾ - wie etwa die §§ 56, 57 Abs. 2, 58, 59 Abs. 3 BGB.

1) Vgl. Flume, § 17, 1; Kaser, § 9 II 1; Seidl, § 4 Rn.81

2) Vgl. Lange, § 52 II 1

3) Vgl. oben S. 11

4) Vgl. Lange § 8, VIII 2 d

Schließlich hat die gemeinrechtliche Theorie noch die *lex plus quam perfecta* hinzugefügt. Hier handelte es sich um ein Gesetz, das sowohl das verbotene Rechtsgeschäft für nichtig erklärte, als auch eine Strafe für das Zuwiderhandeln androhte. Unter diese Kategorie fallen vor allem Strafgesetze, die sich gegen beide Vertragsparteien richten ¹⁾.

II. Die Bedeutung des letzten Halbsatzes in § 134 BGB für das Erfüllungsgeschäft

Wegen der Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts ²⁾ ist dieses bei Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes nicht ohne weiteres ebenfalls unwirksam ³⁾. Ob ein gesetzliches Verbot nur das Rechtsgrund- oder lediglich das Erfüllungsgeschäft oder beide Geschäfte treffen will, ist nach Auffassung der Rechtsprechung und Literatur eine Frage der Auslegung des Verbotsgesetzes ⁴⁾. Ein Gesetz, das die Vermögensverschiebung unterbinden wolle, mache auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ⁵⁾. In der Regel richte sich ein gesetzliches Verbot gegen beide Geschäfte ⁶⁾.

III. Rechtsfolgen des Gesetzesverstoßes

a) § 134 als Blankettnorm

Was die allgemeine Argumentation angeht, so läßt sich feststellen, daß Rechtsprechung und h. M. zwar davon ausgehen, daß als Rechtsfolge in § 134 die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts angeordnet ist. Dabei soll sich die Antwort auf die Frage, ob Nichtigkeit eintreten soll oder

1) Vgl. oben S. 8 f

2) Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 104, 3 e

3) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 134, 2 c

4) Vgl. BGHZ 11, 59, 61, 62: Verstoß gegen Bewirtschaftungsvorschriften; Palandt-Heinrichs, § 134, 2 c; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 33

5) BGHZ 11, 59, 62

6) BGH LM Nr. 34 zu § 134 für Verstoß gegen Bewirtschaftungsvorschriften; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 33

nicht, aber aus dem Verbotsgesetz selbst ergeben. § 134 sei eine Blankettnorm und habe nur subsidiären Charakter. Keinesfalls ergebe sich aus ihr die Vermutung oder die Interpretationsregel, nach der bei einem Gesetzesverstoß "im Zweifel" sich aus § 134 die Nichtigkeit ergebe ¹⁾.

b) Differenzierungen hinsichtlich der Rechtsfolge eines Gesetzesverstoßes

Es wird aber nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolge zwischen Nichtigkeit und Wirksamkeit unterschieden; vielmehr findet eine weitere Differenzierung hinsichtlich des Ausmaßes (der Tragweite) der Nichtigkeitsfolge statt - abgesehen von den an anderer Stelle im Gesetz enthaltenen sonstigen Rechtsfolgen bei einem Gesetzesverstoß (wie etwa in den §§ 456 bis 458 BGB oder in § 31 KO, § 3 Ziff. 1 und 2 AnfG) ²⁾. Das geschieht einmal bei einem Verstoß gegen Preisvorschriften und zum anderen bei Dauerschuldverhältnissen, insbesondere im Gesellschafts- und Arbeitsrecht.

aa) Verstoß gegen Preisvorschriften

In Preisvorschriften werden zumeist überhöhte Preise verboten (z.B. § 2 a des Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 9.7.1954 (BGBl. I S. 175). Die Rechtsprechung ³⁾ geht bei einem Verstoß gegen eine

1) Enneccerus-Nipperdey, § 190 II 1; Flume, § 17, 1; Langen in Festschrift für R. Isay, S. 237; Th. Ramm, § 44 II; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 1; Staudinger-Coing, § 134, 2, 6

2) Vgl. im einzelnen hierzu Flume, § 17, 4

3) RGZ 88, 250; 89, 196, 198: Verstoß gegen das Gesetz betr. Höchstpreise vom 4.8.1914 in der Fassung vom 17.12.1914 nebst Änderung vom 21.1.1915 (RGBl. 1914 S. 339, 526 und 1915 S. 25); 97, 82, 84: Überschreitung von durch ein Rundschreiben der Kriegsrohstoffabteilung des preußischen Kriegsministeriums vom 18.4.1915 für Leder festgesetzten Richtpreise; 98, 293: Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung gegen Preistreiberei vom 8.5.1918 (RGBl. I S. 395) zustimmend die h. M. im Schrifttum, vgl. Flume, § 17, 4; Palandt-Heinrichs, § 134, 3 b; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 22

solche Vorschrift davon aus, daß nur der über den zulässigen Preis hinausgehende Teil der Preisvereinbarung gemäß § 134 nichtig, im übrigen aber das Rechtsgeschäft wirksam sei. Ohne auf die Vorschrift des § 139 einzugehen, begründete das Reichsgericht die teilweise Nichtigkeit mit dem Zweck der Preisvorschriften, wonach bei Umsatzgeschäften des täglichen Lebens mehr der Wahrung eines volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises als der Vernichtung von Rechtsgeschäften der Vorzug zu geben sei. Lediglich im Schrifttum ¹⁾ wird darauf hingewiesen, daß sich bei angenommener Teilnichtigkeit nach § 139 bestimme, ob das ganze Rechtsgeschäft nichtig sei. Daher müsse an sich regelmäßig das gesamte Rechtsgeschäft nichtig sein, da der Verkäufer das Geschäft zu dem zulässigen Preis nur selten abgeschlossen hätte.

Dagegen hat das Reichsgericht in einem Fall, in dem die Preisbehörde den Preis eines Grundstückskaufvertrages aufgrund des Preisbildungsgesetzes vom 29.10.1936 (RGBl. I S. 927) und der Preisstopverordnung vom 26.11.1936 (RGBl. I S. 955) für volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt erklärt hatte, das gesamte Geschäft für unwirksam gehalten ²⁾. Dies führte zum Erlaß der Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7.7.1942 (RGBl. I S. 451), die die Aufrechterhaltung des Geschäfts zum zulässigen Preis anordnete.

1) Vgl. insbesondere Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 26; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 22

2) RGZ 166, 89; ebenso RGZ 168, 307, 313 für eine Verpachtung eines Eigenjagdbezirkes bei Verstoß gegen das Preisbildungsgesetz vom 29.10.1936 (RGBl. I S. 927) und die Preisstopverordnung vom 16.11.1936 (RGBl. I S. 955); BGH LM Nr. 8 zu § 134 im Fall der Mißbilligung eines vereinbarten Pachtzinses durch die Preisbehörde aufgrund der Preisstopverordnung vom 26.11.1936

bb) Gesetzesverstoß bei Dauerschuldverhältnissen im
Arbeits- und Gesellschaftsrecht

Soweit im Rahmen eines gemäß § 134 nichtigen Arbeitsvertrags bereits Dienstleistungen erbracht worden sind, entfällt nach der Rechtsprechung ¹⁾ und der h.M. im Schrifttum ²⁾ eine Rückwirkung der Nichtigkeit. Nach den Grundsätzen vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis komme nur eine ex-tunc-Wirkung infrage, so daß bis dahin der "vereinbarte" Vergütungsanspruch bestehe. Nichtigkeit mit ex-tunc-Wirkung trete jedoch ein, wenn der Dienstverpflichtete von dem Gesetzesverstoß gewußt habe ³⁾.

Auch ein Gesellschaftsvertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und der ausgeführt worden ist, kann nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden. Die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft kann daher ebenfalls die Nichtigkeitswirkung des Verbotsgesetzes einschränken ⁴⁾. Dies gilt allerdings nur, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes der faktischen Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegensteht ⁵⁾. So wird eine Einschränkung gemacht, wenn überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder besonders schutzwürdige Interessen einzelner Personen entgegenstehen ⁶⁾. Daher kommt eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht infrage bei Verfolgung eines gesetzwidrigen Zweckes (z.B. ungenehmigter Güterfernverkehr ⁷⁾) oder bei Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes ⁸⁾.

1) BGHZ 53, 152, 158, 159: Vertrag über verbotene Heilmittelwerbung

2) Flume, § 17, 4; Palandt-Heinrichs, § 134, 3a unter "Heilmittelwerbung"; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 16

3) Vgl. BGHZ 53, 152, 158; ArbG Herne DB 1965, 1670 f: § 8 BurlG

4) Flume, § 17, 4; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 16

5) Esser SBT, § 96 V 3; Medicus, § 10 I 2 b bb; Soergel-Siebert-Hefermehl, Anm. 35 vor § 116

6) Vgl. allgemein BGHZ 3, 285, 288 ff;

7) BGH BB 1967, 1065

8) BGHZ 17, 160 ff

IV. Die Rechtsprechung im einzelnen

Im folgenden soll dargestellt werden, wie die Praxis im einzelnen die Frage nach den Auswirkungen eines Gesetzesverstößes auf die Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes beantwortet.

a) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot

Bereits das Reichsgericht hatte in seiner schon erwähnten Entscheidung vom 17. März 1905 ¹⁾ im Gegensatz zu RGZ 51, 401 f nach Bejahung der Einseitigkeit der Strafandrohung in § 270 preuß. StGB noch geprüft, ob das Verbot das Rechtsgeschäft selbst habe treffen wollen. Nichtdestoweniger wurde in der Folgezeit teilweise allein mit Hilfe der genannten Regel, ohne auf den Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes einzugehen, die Wirksamkeit des fraglichen Rechtsgeschäftes begründet, nämlich im Falle eines Verkaufs von unbrauchbarem Kaffeeersatz entgegen §§ 10 Nr. 2, 11 Nahrungsmittelgesetz vom 14.5.1879 ²⁾, bei Verletzung eines Einfuhrverbotes nach § 1 der Bekanntmachung vom 16.1.1917 über die Regelung der Einfuhr (RGBl. S.41 ³⁾ oder im Falle eines Verstoßes gegen Zwangsbewirtschaftungsbestimmungen ⁴⁾; dagegen die Nichtigkeit im Falle eines Verstoßes gegen § 266 StGB ⁵⁾ oder eines Kaufvertrages ohne die vorgeschriebene behördliche Ermächtigung zum Ankauf von Schlachtpferden ⁶⁾ oder bei einem

1) RGZ 60, 273, 277 (vgl. oben S. 8 f)

2) So RGZ 100, 39 f

3) RGZ 102, 321, 323

4) RGZ 104, 105, 107

5) RGZ 78, 347, 353

6) RGZ 100, 237, 239

Verstoß gegen § 1 der Kriegswirtschaftsverordnung vom 4.9.1939 in der Fassung der Verordnung vom 25.3.1942 ¹⁾ oder einem Verstoß gegen Bewirtschaftungsvorschriften ²⁾ oder gegen Devisenvorschriften ³⁾.

b) Der Zweck des Verbotsgesetzes als Auslegungskriterium

Die weitaus überwiegende Zahl der Entscheidungen begründet dagegen die Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts vom Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes her, wobei meistens nur beiläufig auf die Ein- oder Zweiseitigkeit des Verbots verwiesen wurde ⁴⁾.

Nach der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum ⁵⁾, ist es Ziel der Auslegung jeweils zu ermitteln, ob das Verbotsgesetz das Rechtsgeschäft selbst (als Typus) oder nur die Art und die Umstände seiner Vornahme treffen will. Für die Beantwortung dieser Frage haben sich bisher keine sicheren Auslegungskriterien, sondern lediglich bestimmte Formen der Argumentation herausgebildet, die es im folgenden darzustellen gilt.

aa) Im öffentlichen Interesse erlassene Anordnungen

Das OLG Frankfurt ⁶⁾ hatte im Jahre 1907 über die Wirksamkeit einer Vermietung entgegen einer damaligen Polizeiverordnung zu entscheiden. Das Gericht verneinte die Nichtigkeit des Mietvertrages mit dem Hinweis, daß es sich bei den baupolizeilichen Vorschriften lediglich um Anordnungen handele, die im öffentlichen Interesse erlassen sind und dem Gemeinwohl dienen sollen. Sie hätten

1) BGHZ 1, 128, 131

2) BGHZ 11, 59, 61

3) BGH WPM 1971, 586

4) Vgl. z.B. aus jüngster Zeit AG Köln NJW 1973, 662 (vgl. oben S. 4)

5) Vgl. oben S. 7 und 11

6) OLGE 17, 25 f

nur den Zweck, die Benutzung von Räumen in anderer Weise, als es im öffentlichen Interesse für zulässig erachtet ist, zu verhindern, und wollten nur die verbotswidrige Benutzung unter Strafe stellen. Dagegen läge es ihnen fern, in die privatrechtlichen Beziehungen des Vermieters und Mieters einzudringen.

bb) Gewerbepolizeiliche Vorschriften

In der Entscheidung des Reichsgerichts vom 10.10.1919 ¹⁾ hatte der Beklagte durch den Verkauf von Fischklößen an den Kläger gegen § 1 der Reichskanzlerverordnung vom 24.6.1916 verstoßen, weil er keine Erlaubnis zum Handeln mit Lebensmitteln hatte. Das Reichsgericht lehnte hier die Nichtigkeit des Kaufvertrages mit folgender Begründung ab:

"Der Umstand, daß der Beklagte durch den Verkauf der Fischklöße an den Kläger gegen § 1 der gen. Reichskanzler-VO verstieß, weil er keine Erlaubnis zum Handeln mit Lebensmitteln hatte, vermag gleichfalls dem Kläger nicht zu einem Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kaufpreises zu verhelfen. Diese Vorschrift ist rein gewerbepolizeilicher Natur und richtet sich nur gegen den Verkäufer, ohne im übrigen die bürgerlichrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst infrage stellen zu wollen. Dem Verkäufer wird die öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, bevor er mit Lebensmitteln Handel treibt, die behördliche Genehmigung hierzu nachzusuchen; ein diese öffentliche Pflicht außer acht lassender Abschluß eines Kaufvertrages soll damit aber nicht der Rechtsunwirksamkeit verfallen."

Das Argument, der Vertrag sei wirksam, weil das Verbotsgesetz nur eine gewerbepolizeiliche Vorschrift sei, wurde auch in späteren Entscheidungen oft verwandt, so im Falle einer mangelnden Genehmigung zum Handel mit Lebensmitteln ²⁾ oder im Falle des Verkaufs verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept ³⁾ oder beim Verstoß gegen das

1) RGZ 96, 343 f

2) Vgl. etwa RGZ 106, 316 f

3) BGH NJW 1968, 2286

Verbot des Feilbietens von Edelsteinen und Edelmetallen im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 2 GewO ¹⁾ oder beim Kreditvertrag, der von einer Bank ohne die nach dem KWG erforderliche Erlaubnis zum Abschluß von Kreditgeschäften vereinbart wurde ²⁾.

cc) Schutz der öffentlichen Ordnung

In seiner Entscheidung vom 9.12.1921 mußte sich das Reichsgericht ³⁾ mit der Frage befassen, ob die nach dem Eintritt der Polizeistunde zwischen Wirt und Gast zustande gekommenen Verträge wirksam sind. Die Wirksamkeit wurde bejaht, weil die Einführung einer Polizeistunde sich nicht gegen den Abschluß privatrechtlicher Verträge wende. Sie verfolge den Zweck, die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrecht zu erhalten, und vielleicht auch den weiteren Zweck, Licht und Heizung und damit Kohlen zu sparen. Mit allen diesen Zwecken sei die rechtliche Gültigkeit der von Wirt und Gast abgeschlossenen Verträge durchaus vereinbar.

Der Hinweis auf den Schutz der öffentlichen Ordnung war ein häufig genutztes Argument dafür, daß das Verbotsgesetz lediglich bestimmte Art und Umstände der Vornahme des Rechtsgeschäfts verhindern will, so im Falle eines Bauvertrages ohne Baugenehmigung ⁴⁾ oder eines Schwarzarbeitsvertrages ⁵⁾ oder im bereits erwähnten Fall eines Kreditvertrages ohne die erforderliche Genehmigung ⁶⁾.

1) OLG Düsseldorf MDR 1972, 321 f

2) BGH DB 1972, 1477

3) RGZ 103, 263

4) OLG Köln NJW 1961, 1023 f

5) LG Osnabrück MDR 1963, 676

6) BGH DB 1972, 1477

Zwischenergebnis (aa. - cc.):

Die eben dargestellten Argumente bei der Suche nach dem Zweck eines Verbotsgesetzes als Kriterium der Nichtigkeit - ebenso auch der Ausdruck "Ordnungsvorschrift", etwa im Falle eines Verstoßes gegen das RBERG ¹⁾ oder gegen §§ 17, 18 BSeuchG ²⁾ - beschreiben nur, um welche Art von Verbotsgesetz es sich handelt. Jedoch erklären sie nicht, warum das gesetzeswidrige Geschäft trotzdem wirksam sein soll. Ähnlich der Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot kann man sie daher als "formelle" Auslegungskriterien ansehen.

dd) Der Zweck des Verbotsgesetzes erfordert die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

aaa) AG Flensburg JW 1930, 3655

Seit einer Entscheidung des AG Flensburg aus dem Jahre 1930 zeigte sich die Tendenz einer neuen Argumentationsweise. In dem genannten Urteil ging es um die Wirksamkeit eines Zeitungsbezugsvertrages, der unter Verstoß gegen eine Vorschrift über das Reisegewerbe (damals § 56 Abs. 3 Nr. 12, heute § 56 Abs. 1 Nr. 1 i GewO) zustande gekommen war. Das Amtsgericht hielt den Vertrag für unwirksam. In der Entscheidung wird unter anderem ausgeführt:

"§ 56 Abs. 3 Ziffer 12 GewO ist im Interesse der Allgemeinheit erlassen. Diese soll durch eine derartige Werbungsweise vor Schädigungen bewahrt werden, da die Besteller solcher Druckschriften bei dem Erscheinen eines umherziehenden Vertreters regelmäßig nicht die genügende Ruhe und Zeit haben, um sich Vorteile und

1) Vgl. hierzu LG Kreuznach NJW 1951, 807 f

2) BAG DB 1971, 1530

Nachteile des geschilderten Abonnementvertrages genügend zu überlegen. Das gilt um so mehr, als die Vertreter sich im allgemeinen an einfachere Volksschichten wenden, die nicht in der Lage sind, während der kurzen Anwesenheit des Vertreters die wesentlichen Bestimmungen des abzuschließenden Vertrages nachzuprüfen."

Wenn es auch in den Urteilsgründen nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, so läßt sich den Ausführungen doch entnehmen, daß für das Amtsgericht die Erwägung ausschlaggebend war, daß der von dem Verbotsgesetz bezweckte Schutz am ehesten erreicht wird, wenn der betreffende Vertrag nichtig ist. Dieses Urteil ist umso bemerkenswerter, als hier nur ein einseitiges Verbotsgesetz vorlag, so daß es an sich nahegelegen hätte, die Wirksamkeit des Vertrages anzunehmen. Darüber hinaus handelte es sich bei § 56 Abs. 3 Ziffer 11 GewO um eine gewerbepolizeiliche Vorschrift ¹⁾, bei der ein Verstoß nach damaliger Auffassung nicht zur Nichtigkeit führte ²⁾. Da diese Entscheidung aus dem Rahmen der bis dahin üblichen Argumentationsweise herausfiel, wandte sich W. Kisch in seiner Anmerkung gegen dieses Urteil ³⁾. Kisch bediente sich dabei der üblichen Begründung:

"Sodann aber bezieht sich das 'Verbot' nicht auf den Inhalt des Geschäftes, sondern auf die Art seines Abschlusses; nur die Art, wie das Geschäft durch den einen Kontrahenten herbeigeführt wird, erscheint dem Gesetzgeber unerwünscht, dagegen nicht der Inhalt und somit der privatrechtliche Bestand des Geschäfts. Der Fall liegt nicht viel anders, wie wenn unter Verletzung der Vorschriften über die Sonntagsruhe oder wie wenn von einem Beamten in Ausübung einer ihm untersagten gewerblichen Tätigkeit ein Verkauf vorgenommen wird; daß ein solcher keineswegs der Nichtigkeit anheim fällt, liegt auf der Hand."

1) Vgl. Fuhr, § 56, 1d

2) Vgl. etwa RGZ 96, 343 f; 106, 316 f: jeweils mangelnde Genehmigung zum Handel mit Lebensmitteln

3) JW 1930, 3655

bbb) RG JW 1938, 2837

Soweit ersichtlich hatte die erwähnte Entscheidung des AG Flensburg zunächst keinen Einfluß auf die obergerichtliche Rechtsprechung. Erst im Jahre 1938 bediente sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 20. Juli 1938 der gleichen Argumentationsweise. In diesem Urteil wurde ein gegen das damalige Gesetz über die Errichtung einer vorläufigen Filmkammer vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 483) verstoßender Gesellschaftsvertrag für unwirksam gehalten, da nach Auffassung des Gerichts andernfalls der Zweck dieses Gesetzes nicht erreicht werden konnte. Auch hier fehlt jeder Hinweis auf die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot sowie auf die Unterscheidung zwischen Ordnungsvorschriften und "echten" Verbotsgesetzen. Vielmehr ist auch für das Reichsgericht die Überlegung ausschlaggebend, daß zur Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes die Unwirksamkeit des gegen das Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes notwendig ist.

ccc) LG Aurich NJW 1950, 955

Nach dem Krieg wurde dieses Argument vom Landgericht Aurich aufgegriffen. Hier ging es um den Verstoß gegen das Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1478). Das Gericht kam ebenso wie bereits das OLG Dresden ¹⁾ zur Unwirksamkeit eines Vertrages über eine verbotene Rechtsberatung:

"... Sie dient vielmehr dem Schutz der staatlichen Rechtspflege, die durch Mißbräuche auf dem Gebiete der Rechtsberatung aufs schwerste gefährdet wird. Es würde dem Zufall einer Strafanzeige überlassen bleiben, daß

1) JW 1938, 859, allerdings ohne nähere Begründung

Einschreiten der zuständigen Behörden im Falle eines Gesetzesverstoßes in die Wege zu leiten. Dem Zweck des Gesetzes entspricht vielmehr, daß auch zivilrechtlich den unmittelbar auf einen Gesetzesverstoß abzielenden Maßnahmen die Rechtswirksamkeit genommen wird."

Gegen dieses Urteil wandte sich das LG Kreuznach ¹⁾, das die Regelungen des RBERG für Ordnungsvorschriften hielt. Es war der Auffassung, daß der Zweck des Gesetzes, die Allgemeinheit und die staatliche Rechtspflege vor Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung und der Wahrnehmung fremder Rechtsangelegenheiten zu schützen, schon mit der Strafdrohung des Art. 1 § 8 RBERG erfüllt werde.

ddd) BAGE 8, 47

Ebenfalls mit dem Argument, daß der Zweck des Verbotsgesetzes (Schutz des Arbeitnehmers durch die Arbeitszeitbestimmung) am ehesten dann erreicht wird, wenn jeder Erfüllungsanspruch ausgeschlossen wird, der Vertrag also nichtig ist, begründete das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidung vom 19. Juni 1959, in der es um einen Verstoß gegen § 3 AZO ging.

eee) BGHZ 37, 258

Im Gegensatz zum LG Kreuznach ²⁾ hielt der BGH ³⁾ in seiner Entscheidung vom 25. Juni 1962 einen gegen das RBERG verstoßenden Vertrag nicht für ~~wirksam~~.

"... Das Gesetz kann nämlich seinen Zweck, eine unsachgemäße Beratung und Vertretung der Rechtssuchenden zu verhindern, nur erreichen, wenn der Erfüllungsan-

1) NJW 1951, 807 f mit ablehnender Anmerkung von Brangsch

2) NJW 1951, 807

3) BGHZ 37, 262

spruch des Auftragsgebers vernichtet wird. Denn würde dieser ihn behalten, so würde das darauf hinauslaufen, daß der Rechtsberater vertraglich gehalten wäre, seine unerlaubte und gem. dem Art. 1 § 8 RBerG strafbare Tätigkeit auszuüben oder fortzusetzen."

fff) BGHZ 37, 363

Mit gleicher Argumentation hielt der BGH in seiner Entscheidung vom 12. Juli 1962 ¹⁾ einen gegen die Spielbankverordnung vom 27.7.1938 (RGBl. I S. 955) verstoßenden Spielvertrag für nichtig. Hier ging es um die Frage, ob der Vertrag zwischen einer Spielbank und einem Spieler wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 SpielbVO nichtig ist. Nach dieser Vorschrift darf an einer Spielbank nicht spielen, wer am Spielort wohnt und nicht für seine Person gemäß der Spielordnung zum Spiel ausdrücklich zugelassen ist. Zu Beginn der Entscheidungsgründe weist der BGH darauf hin, daß die in der Spielbankverordnung enthaltene und sich an beide am Spiel Beteiligten wendende Strafandrohung einen "gewichtigen, wenn auch nicht unbedingt ausschlaggebenden Anhaltspunkt" dafür gebe, daß die Rechtsordnung dem das Verbot mißachtenden Spielvertrag die Wirksamkeit versagen will. Es handele sich bei der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 2 SpielbVO auch nicht wie die Revision meine, um eine bloß im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassene Vorschrift, die nur bestimmte Umstände verbieten wolle, unter denen ein inhaltlich an sich nicht zu beanstandendes Geschäft vorgenommen werde. Es handele sich hier nicht um Ordnungsvorschriften. Vielmehr sei Sinn des § 1 Abs. 1 SpielbVO, die Einwohner vom Spiel fernzuhalten, da sie durch die Teilnahme am Glücksspiel im erhöhten Maße

1) BGHZ 37, 365 f

der Gefahr ausgesetzt seien, der Spielleidenschaft zu verfallen, und zwar deshalb, weil die Einwohner des Spielortes die Spielbank leicht und ständig aufsuchen könnten und damit der Versuchung zum Spiel besonders stark ausgesetzt seien. Wenn der Zweck des § 1 Abs. 1 SpielbVO erfüllt werden solle, so könnten die von diesen Personen abgeschlossenen Spielverträge nicht als rechtswirksam anerkannt werden. Damit würde weitgehend das Verbot seiner Bedeutung beraubt und der mit ihm verfolgte Zweck vereitelt werden.

Auch hier ist für den BGH allein entscheidend der Zweck des Verbotsgesetzes, der nach seiner Auffassung nur erreicht werden kann, wenn dem gesetzeswidrigen Spielvertrag die Wirksamkeit versagt wird.

ggg) OLG Stuttgart DNotZ 1964, 734

Nahezu der gleichen Argumentationsweise bediente sich auch - ohne sich allerdings auf die Entscheidung des BGH vom 25. Juni 1962 ¹⁾ zu berufen - das OLG Stuttgart zum gleichen Problem des RBERG ²⁾.

hhh) LG Stuttgart NJW 1965, 354

In einer Entscheidung des LG Stuttgart ging es - wie bereits erwähnt ³⁾ - um einen Verstoß gegen § 36 AMG. Für die Bejahung der Richtigkeit war ebenfalls die Überlegung ausschlaggebend, daß der Zweck des Verbotsgesetzes - nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sowie der Schutz jedes einzelnen vor Gesundheitsgefahren - die Nichtigkeit erfordere.

1) BGHZ 37, 258 (vgl. S. 24 f)

2) Vgl. DNotZ 1964, 737

3) Vgl. oben S. 3 f

iii) BGH NJW 1969, 661

Auch das Urteil des BGH zum Arbeitsvermittlungsverbot läßt die Neigung des Gerichts zu der Annahme erkennen, daß der Zweck des Verbotsgesetzes nur bei Nichtigkeit des Vertrages erreicht werden kann.

jjj) BGHZ 53, 152 f

Schließlich hielt der BGH auch im Fall der verbotenen Werbung für Heilmittel ¹⁾ die Unwirksamkeit zum Schutz der Bevölkerung für notwendig.

kkk) LG Berlin NJW 1971, 2175

Erwähnt sei ferner das Urteil des LG Berlin ²⁾, das für den Fall der Vermittlung von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe (§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO) zur Nichtigkeit kam, da nach seiner Auffassung der Schutz der Allgemeinheit nur erreicht werden kann, wenn als Sanktion die Nichtigkeit des Vertrages eintritt.

lll) OLG Köln MDR 1970, 673

In einem Urteil des OLG Köln aus neuerer Zeit ist zwar das hier besprochene Argument nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch ist erkennbar, daß zum Schutz der Pressefreiheit der Leser und Verleger die Nichtigkeit eines gegen das Pressegesetz verstoßenden Vertrages, der auf eine redaktionelle Veröffentlichung von Werbeanzeigen ohne besondere Kennzeichnung gerichtet ist, für notwendig gehalten wird ³⁾.

1) BGHZ 53, 157 = NJW 1970, 609 = JZ 1970, 504

2) NJW 1971, 2175 (vgl. oben S. 2)

3) Ebenso OLG Düsseldorf NJW 1975, 2018 bei gleichem Sachverhalt und mit ähnlicher Begründung

mmmm) BGH WPM 1973, 1024

Der BGH hat vor kurzem einen gegen §§ 35, 210, 211 AVAVG verstoßenden Vertrag für nichtig erachtet.

"Das in den §§ 35, 210, 211 AVAVG ausgesprochene Verbot der Arbeitsvermittlung durch Personen, die hierzu nicht von der Bundesanstalt beauftragt worden sind, will ungeeignete Personen von der Arbeitsvermittlung fernhalten. Die Arbeitssuchenden sollen vor Agenten geschützt werden, die ihr eigenes Erwerbsinteresse in den Vordergrund stellen, ohne die Belange der Arbeitssuchenden und der Allgemeinheit immer gebührend zu berücksichtigen. Dieser Schutzzweck brachte es naturgemäß mit sich, daß sich die Strafvorschriften der §§ 210, 211 AVAVG nur gegen den Agenten und nicht gegen den zu schützenden Arbeitssuchenden richten. Demgemäß wird aus der Einseitigkeit der Strafvorschrift nicht ohne weiteres herzuleiten sein, daß nicht auch der Arbeitsvermittlungsvertrag von dem Verbot betroffen werden sollte. Der Schutzzweck wäre vielmehr ohne die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit dieses Vertrages nur unvollkommen. Die Nichtigkeit der Provisionsabrede ergänzt in einer vielleicht noch wirksameren Weise den Schutz, der in der Strafandrohung liegt, deren Verwirklichung von Strafanzeige, mangelnder Verjährung der Strafverfolgung und Nichtanwendung der Einstellungsvorschriften der §§ 153, 153a, 153b StPO abhängt. ...Außerdem würde die Annahme, daß der Schutzzweck der Verbotsnorm die Gültigkeit derartiger Rahmenverträge nicht berühre, dazu führen, daß ein Erfüllungsanspruch gegen den Agenten auf Vornahme und Fortsetzung der unerlaubten und strafbaren Vermittlungstätigkeit bestehen bliebe. Das wäre aber ein unhaltbares Ergebnis, wie der Bundesgerichtshof bereits zu dem Fall verbotener Rechtsberatung ausgeführt hat (BGHZ 37, 258, 262 = WM 1962, 1034). Flume (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft 1965, 348) hat vorgeschlagen, diesem auch von ihm mißbilligten Ergebnis dadurch auszuweichen, daß in solchem Falle das Verbotsgesetz nicht eine Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich ziehen würde, sondern nur die Unwirksamkeit des Anspruchs auf die verbotene Vornahme der Leistungshandlung. Doch läßt § 134 BGB eine derartige Differenzierung nicht zu. Sie würde auch dem Schutzzweck der §§ 35, 210 AVAVG nicht Rechnung tragen, der schlechthin eine nicht zugelassene und möglicherweise unqualifizierte Vermittlungstätigkeit verhindern will."

Der IV. Zivilsenat kam zu diesem Ergebnis, obwohl der VIII. Zivilsenat bereits vorher ebenfalls zu einem Verstoß gegen die §§ 35, 210, 211 AVAVG entgegengesetzt entschieden hatte ¹⁾. Der IV. Zivilsenat führt hierzu aus.

"Diesem Ergebnis steht die Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes in BGHZ 46, 24 nicht entgegen, in der die Nichtigkeit des Provisionsversprechens verneint worden ist, das eine Schauspielerin einem Stellenvermittler für die Vermittlung einer Schauspieltournee erteilt hatte. Dort handelte es sich einmal nicht, wie in vorliegender Sache, um ein Dauerschuldverhältnis mit laufender Verpflichtung zur Stellenvermittlung. Zum anderen war für die Entscheidung des VIII. Zivilsenats die besondere Sachlage entscheidend, daß ein von der Bundesanstalt bereits als Filmvermittler zugelassener Agent tätig geworden war. Der VIII. Zivilsenat hat hier darauf verwiesen, daß der Vermittler von der Bundesanstalt auf seine allgemeine Geeignetheit für die Stellenvermittlung bereits überprüft worden sei und der Verstoß gegen das Verbotsgesetz nur darin bestanden habe, daß der Vermittler die Grenzen des ihm erteilten Auftrags überschritten habe. Hiermit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar."

ee) Nichtigkeit als zivilrechtliche Sanktion ist zur Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes
n i c h t notwendig

Das LG Kreuznach ²⁾ begründete die Wirksamkeit eines gegen das RBerG verstoßenden Vertrags unter anderem mit der Feststellung, daß die Strafandrohung zur Erfüllung des Verbotszweckes ausreicht.

"Der Zweck des Gesetzes wird mit der Strafandrohung des § 8 erfüllt. In dieser Vorschrift ist bei einem Verstoß gegen das Gesetz Geldstrafe in unbegrenzter Höhe vorgesehen. Gerade weil der Gesetzgeber nur die Verhängung einer Geldstrafe androht, muß man zu dem Schluß kommen, daß er mit dem RBerG nur eine Ordnungsvorschrift

1) BGHZ 46, 24

2) NJW 1951, 807

geben wollte (vgl. hierzu OLG Gera in NJW 47/48, 155 340). Hätte der Gesetzgeber darüberhinaus 'auch zivilrechtlich den unmittelbar auf einen Gesetzesverstoß abzielenden Maßnahmen die Rechtswirksamkeit' nehmen wollen, wie dies die Entscheidung des LG Aurich vom 11.1.1950 (NJW 50, 988) annimmt, dann hätte er eine solch weitgehende Wirkung in irgend einer Form in das Gesetz aufgenommen oder zumindest in der amtlichen Begründung zum RBerG zum Ausdruck gebracht." ¹⁾

ff) Einbeziehung der sonstigen Rechtsfolgen für die Beurteilung der Frage, ob Nichtigkeit eintritt

Im Gegensatz zum IV. Zivilsenat ²⁾ hatte der VIII. Zivilsenat des BGH einige Zeit zuvor die Nichtigkeit eines gegen §§ 35, 210 AVAVG verstoßenden Vertrags zur Zweckerreichung dieser Vorschrift für nicht notwendig gehalten. Dabei berücksichtigte der VIII. Zivilsenat auch die Auswirkungen, die sich bei Annahme der Nichtigkeit aus § 817 S. 2 ergeben würden ³⁾.

Nach § 35 AVAVG darf Arbeitsvermittlung nur von der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung betrieben werden. § 210 AVAVG bedroht denjenigen mit Strafe, der vorsätzlich ohne einen Auftrag der Bundesanstalt Arbeitsvermittlung ausübt. In der vorliegenden Entscheidung ging es um Verträge zwischen einer Schauspielerin und einem Vermittler, der von der Bundesanstalt einen Auftrag zur Arbeitsvermittlung nur für das Filmfach hatte. Unter Überschreitung dieses Auftrags vermittelte der Vermittler der Schauspielerin eine Theatertournée. Nach der Feststellung, daß sich das Verbot des § 210 AVAVG nur gegen den Vermittler richtet, weist

1) Ähnlicher Argumentation bedienten sich OLG Köln NJW 1961, 1023 f zur Begründung der Wirksamkeit eines Bauvertrags trotz fehlender Baugenehmigung, BGHZ 46, 24 zu §§ 35, 210 AVAVG (vgl. im folgenden) sowie OLG Düsseldorf MDR 1972, 321 f zum Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 2 GewO

2) Vgl. oben S. 28 f

3) BGHZ 46, 24, 27, 28; zustimmend Rost S. 168 ff; ähnlich in der Methodik Benöhr, NJW 1973, 1286 sowie NJW 1975, 1970 f

der BGH auf die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot hin. An dieser Regel sei mit der Maßgabe festzuhalten, daß im Einzelfall auch bei nur einseitigem Verbot aus dem Zweck des Verbotsgesetzes die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts zu folgern sein kann. Eine solche Folgerung sei dann gerechtfertigt, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen. Mit dem Zweck des § 210 AVAVG sei es nicht unvereinbar, dem hier infrage stehenden Vertrag seine Rechtswirksamkeit zu belassen. Die bloße Überschreitung der Grenzen des dem Vermittler erteilten Auftrag könne unter dem Gesichtspunkt, daß das Gesetz den Arbeitssuchenden vor ungeeigneten Arbeitsvermittlern schützen wolle, es nicht rechtfertigen, den Vermittlungsvertrag für rechtsunwirksam zu erklären. Denn der Vermittler sei von der Bundesanstalt als geeignet für die Vermittlung von Schauspielerengagements befunden worden. Der Bundesanstalt verbleibe in einem solchen Fall für den Schutz ihres Arbeitsvermittlungsmonopols die Möglichkeit von Verwaltungsmaßnahmen, sowie die Herbeiführung strafrechtlicher Sanktionen gegen den Vermittler. Daneben habe die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit des Vermittlungsvertrages keinen Platz. Bei Nichtigkeit des Vertrages würde der Agent seinen vertraglichen Provisionsanspruch verlieren. Er hätte auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2, weil einem solchen Anspruch die Einwendung aus § 817 S. 2 entgegenstünde. Der Vermittler würde also für die Überschreitung seines Auftrags zivilrechtlich betrafft werden, und zwar zugunsten seines Vertragspartners. Dieser wäre nicht verpflichtet, die ihm zugute gekommene geldwerte Leistung des Vermittlers zu bezahlen, weil der Vermittler gegen ein öffentlich-rechtliches Verbotsgesetz verstoßen habe. Ein solches Ergebnis entbehre der inneren Begründung und könne deshalb nicht dem Sinne des Verbotsgesetzes entsprechen.

Dieses sei vielmehr entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Regel dahin auszulegen, daß hier ein Verstoß gegen das nur dem Vermittler treffende Verbot der §§ 35, 210 AVAVG die Rechtswirksamkeit des mit der Beklagten geschlossenen Vertrags nicht berührt habe.

gg) Abhängigkeit der Wirksamkeit von der Art des geschützten Rechtsgutes

Ein Urteil des AG Köln ¹⁾ war - soweit ersichtlich - die erste Entscheidung, die die Unwirksamkeit eines gegen § 6 Abs. 1 WohnungsvermittlungsgG vom 4.11.1971 (BGBl. I S. 1745) verstoßenden Vertrages mit Rücksicht auf die Art des durch das Verbotsgesetz geschützten Rechtsgutes verneinte ²⁾.

Das AG wies darauf hin, daß von dem Grundsatz der Wirksamkeit bei einseitigem Gesetzesverstoß die Rechtsprechung in drei Fällen abgewichen sei und zwar in den Entscheidungen BGHZ 37, 258, BGH NJW 1969, 661 = JR 1969, 221, BGHZ 53, 152. Mit dem Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz habe der Gesetzgeber die Rechtssuchenden vor den Gefahren einer unzureichenden und nicht sachgemäßen Betreuung schützen sowie den Belangen der Anwaltschaft dienen wollen. Der Arbeitsvermittlung durch einen staatlichen Monopolträger sei ein allgemeines wirtschaftliches, arbeitsmarktpolitisches und soziales Ziel gesetzt. Bei der Kontrolle der Heilmittelwerbung schließlich sollte die Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch unsachgemäße Werbung geschützt werden. Ein derartiges, über die Anhaltung zu einem seriösen Geschäftsgebahren hinausreichendes sozialpolitisches Bestreben sei in § 6 Abs. 1 WVVG nicht enthalten. Der Gesetzgeber habe die Maklertätigkeit nicht

1) NJW 1973, 662

2) Vgl. bereits oben S. 4; ähnlich Holschbach, NJW 1973, 447 (vgl. oben S. 3)

auf die gleiche Stufe mit der Rechtsberatung, der Arbeitsvermittlung und dem Heilmittelgewerbe gestellt. Ein von einem Makler erfüllter Vertrag genieße deshalb trotz eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 WVG Rechtsschutz.

Zusammenfassung:

Die eben dargebotene Übersicht der einschlägigen Rechtsprechung hat folgendes ergeben:

(1) In der Rechtsprechung ist Ausgangspunkt, um die Frage zu beantworten, ob das gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Rechtsgeschäft nichtig ist, nicht § 134, sondern das Verbotsgesetz selbst.

(2) Dabei wird teilweise formal argumentiert: Einseitige Verbote sollen an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nichts ändern. Zweiseitige Verbote sollen dagegen die Unwirksamkeit nach sich ziehen ¹⁾.

(3) Überwiegend halten die Gerichte jedoch Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes für entscheidend. Dabei soll es darauf ankommen, ob das Verbotsgesetz das Rechtsgeschäft selbst (als Typus) oder nur Art und Umstände seiner Vornahme treffen will ²⁾.

(a) Letzteres sei gewollt, wenn das Verbotsgesetz das öffentliche Interesse ³⁾, die öffentliche Ordnung ⁴⁾ schützen wolle, oder eine gewerbepolizeiliche Vorschrift ⁵⁾ sei. Nur eine "Ordnungsvorschrift" liege auch vor, wenn eine zivilrechtliche Sanktion zur Erreichung des Verbotszweckes nicht notwendig sei ⁶⁾, oder wenn der Wert des geschützten Rechtsgutes die Annahme der Nichtigkeit nicht rechtfertige ⁷⁾.

1) Vgl. oben S. 17 f

2) Vgl. oben S. 18 ff

3) Vgl. oben S. 18 f

4) Vgl. oben S. 20

5) Vgl. oben S. 19 f

6) Vgl. oben S. 29 f

7) Vgl. oben S. 32 f

(b) Die Auslegung des Verbotsgesetzes, nach der es das Geschäft selbst treffen will, ergebe sich, wenn der Zweck der Verbotsnorm am ehesten bei Nichtigkeit erreichbar sei ¹⁾.

V. Kritik

a) Die Anknüpfung an den Sprachgebrauch des Verbotsgesetzes

Soweit ersichtlich hat - zumindest in neuerer Zeit - lediglich das AG Köln ²⁾ sowie das LG Köln ³⁾ u. a. auf den Wortlaut abgestellt, wobei dieser jedoch nur als Anhaltspunkt angesehen wurde, der bei eindeutiger Intention des Gesetzgebers an Gewicht verlieren könne. Diese Einschränkung ist für Gesetze außerhalb des BGB berechtigt. Die Formulierungen "dürfen nicht" und "sollen" geben lediglich für das BGB an, daß nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser ein Gesetzesverstoß insoweit nicht zur Nichtigkeit führen soll ⁴⁾. Bei anderen Gesetzen hingegen besteht kein einheitlicher Sprachgebrauch, wie die Formulierung "darf nicht" etwa in §§ 30 GmbHG, 57, 59, 153 Abs. 4 und 5 AktG zeigt. Nach h. M. hat nämlich ein Verstoß gegen diese Vorschriften die Nichtigkeit zur Folge ⁵⁾. Der Wortlaut von anderen als im BGB enthaltenen Verbotsgesetzen läßt also keinen sicheren Schluß zu, ob das gegen sie verstoßende Geschäft wirksam sein soll oder nicht. Jener kann also allenfalls zur Unterstützung eines bereits gefundenen Ergebnisses benutzt werden. Ein weiteres Eingehen auf den Wortlaut des Verbotsgesetzes erübrigt sich daher.

1) Vgl. oben S. 21 ff

2) NJW 1973, 662 (vgl. S. 32 f)

3) MDR 1974, 143

4) Motive I, 210 f = Mugdan I, 468 f

5) Palandt-Heinrichs, § 134, 2a; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 14

b) Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot

Warum in der Regel bei einseitigem Verbot das Rechtsgeschäft wirksam und bei zweiseitigem Verbot nichtig sein soll, läßt sich der Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. März 1905 ¹⁾ entnehmen. Die Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn sie besteht - abgesehen von dem Hinweis auf die Motive zum BGB - nur in der Behauptung, daß das einseitige Verbot die zivilrechtliche Gültigkeit desjenigen Rechtsgeschäfts als dessen Bestandteil sich die verbotene oder unter Strafe gestellte Handlung darstellt, nicht beeinflusst. Warum das Rechtsgeschäft nicht berührt wird, sagt das Reichsgericht nicht. Ebenso gut ließe sich wie in der früheren Entscheidung des Reichsgerichts ²⁾ auch umgekehrt argumentieren: Wenn ein Bestandteil des Rechtsgeschäfts - etwa das Angebot oder die Annahme eines Antrages - gegen ein Verbotsgesetz verstößt, führt dies auch zum Verbotensein des ganzen Rechtsgeschäfts und damit zu seiner Nichtigkeit. In jedem Fall bleibt daher zu prüfen, ob das Verbot, das nur das rechtsgeschäftliche Handeln betrifft, mittelbar auch das Rechtsgeschäft erfaßt und dieses daher nichtig ist ³⁾. Die Unterscheidung zwischen einem seinem Inhalt nach erlaubten Rechtsgeschäft und dem gegen den dabei Handelnden gerichtlichen Verbot findet sich auch bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1900 zum gemeinen Recht ⁴⁾.

Die Regel vom ein- und zweiseitigen Verbot wird in der Praxis auch nicht konsequent angewandt. Teilweise

1) RGZ 60, 273, 276: Verstoß gegen § 270 preuß. StGB (vgl. oben S. 9 f)

2) RGZ 51, 401, 402: Verstoß gegen § 270 preuß. StGB (vgl. oben S. 10)

3) Vgl. Flume, § 17, 3

4) Vgl. RGZ 6, 169: Verstoß gegen § 288 StGB

wird die Regel für die Entscheidung überhaupt nicht herangezogen oder erwähnt ¹⁾, teilweise wird sie nur angedeutet ²⁾. So hatte bereits schon das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 17. März 1905 ³⁾ darauf hingewiesen, daß mit dieser Einteilung nur die Regel gewonnen sei und daß weiter zu prüfen sei, ob das Verbotsgesetz von dieser Regel abweicht. Nach h. M. ⁴⁾ entscheidet daher letzten Endes allein Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes. Entsprechend wurde bei fast allen Entscheidungen ⁵⁾ der Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes als einziges Entscheidungskriterium herangezogen. Das führte teilweise dazu, daß die Rechtsprechung aus Sinn und Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes, das sie selbst als nur einseitiges Verbot ansah, die Nichtigkeit des gegen das Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts folgerte ⁶⁾. Eine Einteilung, die jedoch auch von jenen, die sie vertreten, nicht für alle Fälle anerkannt wird, ist ohne genauere Kriterien für die Ausnahmen für die praktische Anwendung nutzlos.

c) Der Zweck des Verbotsgesetzes als Auslegungskriterium

aa) Die Einteilung in Ordnungsvorschriften und "echte" Verbotsgesetze

Nach h. M. ⁷⁾ führt der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz

-
- 1) Z. B. RGZ 88, 250 ff zur Überschreitung eines gesetzlichen Höchstpreises; 103, 263 ff: Überschreitung der Polizeistunde; OLG Köln MDR 1970, 673: § 9 BayPresseG
 - 2) Z.B. RGZ 96, 343, 344: Fehlende Erlaubnis zum Handel mit Lebensmitteln
 - 3) RGZ 60, 273, 277: § 270 preuß. StGB
 - 4) Z.B. BGHZ 37, 258, 262: Art. 1 § 1 RBERatG; Palandt-Heinrichs, § 134, 2a; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 15
 - 5) Vgl. die Ausnahmen oben S. 17 f
 - 6) BGHZ 37, 258, 261, 262; BGH JR 1969, 221, 223: §§ 35, 37, 210 AVAVG; BGHZ 53, 152, 157: verbotene Werbung für Heilmittel; AG Flensburg, JW 1930, 3655: § 56 Abs. 1 Nr. 1 i GewO; LG Stuttgart, NJW 1965, 354: § 36 Abs. 1 Arzneimittelgesetz vom 16.5.1961 (BGBl. I S. 533)
 - 7) Vgl. u. a. Palandt-Heinrichs, § 134, 2 a

das sich gegen Form und Art der Vornahme des Geschäfts oder gegen seine Umstände richtet, in der Regel nicht zur Nichtigkeit (sog. "Ordnungsvorschriften") ¹⁾.

Im Gegensatz hierzu stehen die Vorschriften, die sich gegen das Rechtsgeschäft als solches wenden und zur Nichtigkeit führen.

Ausnahmen von dieser Einteilung ergeben sich bereits aus dem BGB. So ist zum Beispiel gemäß § 476 BGB eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Hier ist nicht die Vereinbarung als solche verboten, sondern nichtig soll sie erst dann werden, wenn ein besonderer Umstand der Vornahme, nämlich das arglistige Verschweigen des Mangels, hinzukommt. Dieser Fall entspricht der Regelung des § 123, wonach bei arglistiger Täuschung das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern nur anfechtbar ist. Gerade § 123 wird aber als Begründung dafür angeführt, daß § 134 nicht die Geschäfte trifft, bei denen nicht der Inhalt sondern nur die Art des Zustandekommens verboten ist. ²⁾

Ein weiteres Beispiel einer gesetzlichen Ausnahme enthält § 795 Abs. 2. Nach dieser Vorschrift ist eine ohne die erforderliche staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung nichtig. Auch hier ist nicht die Schuldverschreibung schlechthin verboten, sondern nur jene soll nichtig sein, für die der äußere Umstand der Genehmigung fehlt.

Aber auch die Rechtsprechung war bisher in der Anwendung

1) Vgl. Lange, § 52 II 1, 2

2) Vgl. Staudinger-Coing, § 134, 4

dieser Einteilung nicht immer konsequent. So hatte die Revision ¹⁾ im Fall des Verstoßes gegen die Spielbankverordnung ²⁾ angenommen, daß es sich bei dieser Vorschrift um eine bloß im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassene Vorschrift handelt, die nur bestimmte Umstände verbieten wolle, unter denen ein inhaltlich an sich nicht zu beanstandendes Geschäft vorgenommen werde. Diese Auffassung liegt nach der üblichen Definition der Ordnungsvorschriften näher als die gegenteilige Auffassung des BGH; denn verboten ist nicht der Spielvertrag schlechthin, sondern nur unter dem zusätzlichen Umstand, daß der Spieler Einwohner des Spielortes ist und keine Erlaubnis zum Spielen hat.

Auch im Fall der verbotenen Rechtsberatung ³⁾ könnte man zu einem anderen Ergebnis kommen. Es wäre ebenso möglich, im Gegensatz zum BGH dahingehend zu argumentieren, daß nicht der Rechtsberatungsvertrag als solcher verhindert werden soll, sondern nur die Art der Vornahme der Rechtsberatung, nämlich durch einen nicht zugelassenen Rechtsberater. So hatte auch das Berufungsgericht den Vertrag für wirksam gehalten ⁴⁾. Ebenso hatte bereits das LG Kreuznach ⁵⁾ das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz als Ordnungsvorschrift angesehen.

In gleicher Weise wäre nach dieser Regel der in der Einleitung erwähnte Fall der Vermittlung und des Abschlusses von Darlehensgeschäften an der Haustür (§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO) entgegen der Auffassung des LG Berlin ⁶⁾ und des AG Spandau ⁷⁾, die das Rechtsgeschäft für nichtig

1) Ebenso Flume, § 17, 3

2) BGHZ 37, 363, 365 (vgl. oben S. 25 f)

3) BGHZ 37, 258 ff (vgl. oben S. 24 f)

4) Vgl. BGHZ 37, 258, 260, 261

5) NJW 1951, 807 (vgl. oben S. 29 f)

6) NJW 1971, 2175 (vgl. S. 2)

7) JZ 1972, 403 (vgl. oben S. 2)

hielten, zu lösen. Schließlich sollen nicht Darlehensgeschäfte schlechthin verboten sein, sondern nur wenn die besondere Art der Vornahme dieser Geschäfte - nämlich die Vermittlung im Reisegewerbe - dazu kommt.

Bereits diese Beispiele zeigen, daß die Rechtsprechung nicht nur widersprüchlich ist, sondern daß vor allem eine klare Abgrenzung zwischen Verboten, die sich nur gegen die Art der Vornahme eines Rechtsgeschäftes wenden, und solchen, die das Rechtsgeschäft schlechthin verbieten, anscheinend nicht möglich ist. Je nachdem, ob man die Form und Art oder die Umstände der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zum Inhalt dieses Geschäftes zählt oder nicht, fällt das Ergebnis verschieden aus. Man könnte in dem Spielbank-Fall ¹⁾ - übrigens entsprechend auch in den anderen Fällen - den Umstand, daß der Spieler am Spielort wohnt, auch zum Inhalt des Spielvertrages zählen, so daß der Vertrag den üblichen Inhalt hätte zuzüglich des Umstandes, daß der Spieler am Spielort wohnt, und daher sein Spielen verboten ist. Wenn man dem Spielvertrag diesen Inhalt gibt, kann man die Spielbankverordnung nicht mehr als Ordnungsvorschrift ansehen, die sich nur gegen die Vornahme des Spielvertrages richtet. Vielmehr kommt man dann zu der Annahme, die Spielbankverordnung richtet sich gegen den Inhalt des Spielvertrages. Mit der Einteilung in "echte" Verbotsgesetze und bloße Ordnungsvorschriften läßt sich somit jedes gewünschte Ergebnis begründen. Als Auslegungskriterium ist diese Einteilung daher ungeeignet.

1) BGHZ 37, 363 (vgl. oben S. 25 f)

bb) Nichtigkeit ist zur Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes nicht notwendig

Teilweise wurde die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts damit begründet, daß andere Sanktionen als die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit für die Erreichung des Verbotszweckes als ausreichend erachtet wurden ¹⁾. Die wesentlichen Einwände gegen dieses Argument ergeben sich in allgemeiner Form aus dem bereits dargestellten Urteil des BGH zum Verstoß gegen §§ 35, 210, 211 AVAVG ²⁾. Dort weist der IV. Zivilsenat darauf hin, daß der Schutzzweck ohne die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit dieses Vertrages nur unvollkommen wäre. Die Unwirksamkeit der Vereinbarung ergänze in einer vielleicht noch wirksameren Weise den Schutz, der in der Strafdrohung liege, deren Verwirklichung von Strafanzeige, mangelnder Verjährung der Strafverfolgung und Nichtanwendung der Einstellungs Vorschriften der §§ 153, 153 a, 153 b StPO abhänge.

Bisweilen mag die Strafdrohung im Einzelfall auch ausreichen. Allgemein läßt sich dies jedoch kaum vorher sagen. So hat auch in den bisher entschiedenen Fällen die straf- oder verwaltungsrechtliche Sanktion offensichtlich nicht ausgereicht, um den Vertragsschluß zu verhindern.

1) Vgl. die oben S. 29 f. erwähnten Entscheidungen

2) Vgl. oben S. 28 f.

cc) Einbeziehung der sonstigen Rechtsfolgen für die Beurteilung der Frage, ob Nichtigkeit eintritt ¹⁾

Rechtsprechung und h.M. im Schrifttum ²⁾ verlangen als Voraussetzung für die Anwendung des § 817 S. 2 die positive Kenntnis des Leistenden von der Gesetzeswidrigkeit seiner Leistung. Fehlt dieses Bewußtsein, so ist § 817 S. 2 nicht anwendbar. Je nachdem ob also der Leistende das Verbot kannte oder nicht, kann nach dieser Auffassung ³⁾ das Rechtsgeschäft, das gegen das gleiche Verbotsgesetz verstößt, im Ergebnis nichtig sein oder nicht. Die Unwirksamkeit hängt unter Umständen nicht mehr vom Zweck des Verbotes ab, sondern von der Kenntnis des Leistenden. Zu welchen Ergebnissen dies führen kann, möge folgende Überlegung verdeutlichen. Hat der Leistende von seinem Gesetzesverstoß nichts gewußt, so kann er bei Nichtigkeit des Vertrags seine Leistung ungehindert durch § 817 S. 2 gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 zurückverlangen. Da hier also keine zivilrechtliche "Bestrafung" des Leistenden erfolgt, wird man bei Zugrundelegung dieser Auffassung eher geneigt sein, den Vertrag für unwirksam zu halten. Wußte der Leistende aber, daß er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, so ist § 817 S. 2 anwendbar, was nach Auffassung des BGH ⁴⁾ zu einer zivilrechtlichen Bestrafung führt. In diesem Fall würde der BGH also unter Umständen eher zur Wirksamkeit des Vertrags

1) Vgl. oben S. 30 ff

2) BGH LM Nr. 12 zu § 817; BGHZ 50, 90, 92; von Caemmerer, SJZ 1950, 646, 649, 650; Hammes, JR 1950, 11, 14; Larenz SBT, § 63 III b; Palandt-Thomas, § 817, 3 a ee; a.A. Esser SBT, § 103 IV 1, der den objektiven Verstoß ausreichend sein läßt; Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 und Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 14 lassen bei Gesetzesverstößen das Kennen oder Kennenmüssen des Verbots ausreichen.

3) Vgl. oben S. 30 ff

4) BGHZ 46, 24, 27, 28: §§ 35, 210 AVAVG (vgl. oben S.30 ff)

kommen, um diese nachteiligen Auswirkungen zu vermeiden. Bei einem sich zumindest subjektiv in Übereinstimmung mit dem Gesetz befindlichen Vertragspartner würde man also eventuell Nichtigkeit annehmen müssen, während der Vertrag des bewußt gegen die Rechtsordnung Handelnden in seinem Bestand geschützt wäre. Dieses Ergebnis zeigt, daß die dargestellte Argumentation ¹⁾, die selbst auf Billigkeitserwägungen beruht, zu unbefriedigenden Lösungen führt, sofern sie konsequent angewandt wird.

dd) Abhängigkeit der Wirksamkeit von der Art des geschützten Rechtsgutes

Wenn das AG Köln ²⁾ im Falle des Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 WVG behauptet, der Gesetzgeber habe die Maklertätigkeit nicht auf die gleiche Stufe mit der Rechtsberatung, der Arbeitsvermittlung und dem Heilmittelgewerbe gestellt, so entbehrt diese Aussage jeder Begründung. Weder aus § 6 Abs. 1 WVG noch aus § 823 Abs. 1, wie Holschbach ³⁾ für sogenannte Haustürgeschäfte vorschlägt, läßt sich eine solche unterschiedliche Bewertung der geschützten Interessen entnehmen. § 6 Abs. 1 WVG bietet keinerlei Anhaltspunkt für eine solche Differenzierung. Bei § 823 Abs. 1 ist es zumindest zweifelhaft, ob man aus dieser Vorschrift eine Rangordnung der Rechtsgüter herauslesen und aus der Nichterwähnung des "Vermögens" in § 823 Abs. 1 schließen kann, daß dieses Interesse einen geringeren Schutzwert besitzt als die in § 823 Abs. 1 genannten Rechtsgüter. In § 823 Abs. 2 sind über § 242 StGB und § 263 StBG das Eigentum und das Vermögen beispielsweise gleichgestellt.

1) Vgl. oben S. 30 ff

2) NJW 1973, 662

3) NJW 1973, 444, 447

Selbst wenn man aber eine solche Abstufung hinsichtlich der Wertigkeit der einzelnen Rechtsgüter bejaht, bleibt doch unbegründet, warum aus der angeblich minderen Schutzwürdigkeit des Vermögens die Wirksamkeit und nicht die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts folgen soll. Eine solche Differenzierung hinsichtlich der Rechtsfolge ergibt sich weder aus § 134 noch aus § 6 Abs. 1 WVG.

ee) Der Zweck des Verbotsgesetzes erfordert die Nichtigkeit

Die Behauptung, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, dann nichtig sei, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes es erfordere ¹⁾, erscheint im Gegensatz zu den anderen Begründungen am ehesten einleuchtend. Diese Auffassung soll daher noch besonders erörtert werden.²⁾

d) § 134 als Blankettnorm

Die Auffassung der h. M., nach der § 134 keine Vermutung oder Interpretationsregel zugunsten der Nichtigkeit enthält ³⁾, stimmt nicht mit dem Wortlaut des § 134 überein. Denn in dieser Vorschrift ist durch das Verhältnis vom Hauptsatz zum Nebensatz die Nichtigkeit als Regel, die Wirksamkeit dagegen als Ausnahme dargestellt ⁴⁾. Daß die Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Übertretung eines gesetzlichen Verbotes sein sollte, war auch die Auffassung der Gesetzgebungskommission ⁵⁾.

1) Vgl. oben S. 21 ff

2) Vgl. unten S. 72 ff

3) Vgl. oben S. 13 f

4) Erman-H. Westermann, § 134, 5; so auch Lange, § 52 I sowie Langen, S. 327, die jedoch im Ergebnis der h.M. folgen; Klang-Gschnitzer, § 879, I 3. weisen darauf hin, daß § 879 ABGB nicht die Vermutung des § 134 im Sinne der Nichtigkeit für das österreichische Recht übernommen hat

5) Mot. I, S. 210 = Mugdan I, S. 468

In den Motiven heißt es hierzu:

"Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bzw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, das dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei, ist von der herrschenden Meinung (vergl. Entsch. des Reichsgerichtes in Civils. X VI Nr.19 S. 106, XVII Nr. 67 S. 300) schon bisher mit Recht im bejahenden Sinne entschieden worden."

Hierfür spricht auch, daß der Wortlaut "....., wenn sich nicht ..." üblicherweise eine Beweislastregel darstellt ¹⁾. Wenn auch nur Tatsachen bewiesen werden können (vgl. §§ 282 Abs. 1, 286 Abs. 1 ZPO), und daher nur insoweit eine Beweislastregel relevant wird, es hier aber um Auslegungsfragen geht, so kann aus der Wortstellung doch der Schluß gezogen werden, daß ähnlich wie beim "n o n l i q u e t" im Beweisrecht, bei Zweifeln über die Rechtsfolge eines Gesetzesverstoßes die Nichtigkeit die gewollte Rechtsfolge sein soll.

Aus dem eben Gesagten folgt ein weiteres Argument gegen die Anwendung des § 134 durch die h. M., die für die Rechtsfolge allein den Zweck des Verbotsgesetzes maßgeblich sein läßt. In allen erwähnten Entscheidungen ergab sich die Rechtsfolge nicht eindeutig aus dem gesetzlichen Verbot. Vielmehr war jeweils zweifelhaft, ob der Zweck des Verbotsgesetzes, das über die Rechtsfolge eines Gesetzesverstoßes keine Auskunft gab, die Nichtigkeit oder die Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes erforderte. Ansonsten wären nämlich bei den obergerichtlichen Entscheidungen die Ansichten zwischen den Instanzgerichten zur Frage der Wirksamkeit nicht gegensätzlich gewesen. Gleiches gilt für die untergerichtlichen Entscheidungen,

1) Enneccerus-Nipperdey, § 56 I 3

die ebenfalls bei gleichen Verbotsgesetzen zu verschiedenen Ergebnissen kamen ¹⁾.

In diesen Fällen hätte die gesetzestreue Anwendung des § 134 zur Nichtigkeit der gesetzeswidrigen Rechtsgeschäfte führen müssen, denn da sich aus dem Verbotsgesetz zweifelsfrei "nicht ein anderes ergab", hätte nach der Interpretationsregel des § 134 Unwirksamkeit angenommen werden müssen.

Eine solche Handhabung des § 134 bedeutet auch nicht die Annahme einer sogenannten *ipso-iure*-Nichtigkeit, wie Langen ²⁾ meint, da § 134 als Interpretationsregel dann nicht in Frage kommt, wenn sich aus dem Verbotsgesetz eindeutig ergibt, daß das gesetzeswidrige Verbotsgeschäft wirksam sein soll.

Wenn Langen ³⁾ die Zurückdrängung der *ipso-iure*-Nichtigkeit im Interesse der Verkehrssicherheit begrüßt, so ist dem entgegenzuhalten, daß gleichzeitig durch die alle Möglichkeiten zulassende Auslegung des Verbotsgesetzes eine Rechtsunsicherheit entstanden ist, die keinerlei Prognose mehr über die Wirksamkeit eines verbotswidrigen Rechtsgeschäfts zuläßt.

§ 2 Andere Lösungswege

I. Die Auffassung von Raestrup ⁴⁾

a) Die Einteilung in sogenannte Zivilverbote und öffentlich-rechtliche Verbote

Raestrup unterscheidet zwischen sogenannten Zivilverboten und öffentlich-rechtlichen Verboten. Wie es zu dieser Einteilung kommt, erläutert der Verfasser in der Einleitung ⁵⁾.

1) Vgl. oben S. 2 ff

2) Vgl. S. 327

3) Vgl. S. 327

4) Über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen, Diss. Marburg 1930

5) Vgl. S. 7

"Wenn man bei den Rechtsgeschäften die äußere Handlung, die Tatseite von der rechtlichen Seite, dem Streben nach Rechtswirkungen trennt, so läßt sich daraus ersehen, daß die Sanktionen der öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze hauptsächlich gegen die äußere Handlung gerichtet sind, die der Zivilverbote aber mehr gegen die rechtliche Seite, gegen das Rechtsgeschäft als solches sich richten.

Daraus ergibt sich, daß die beiderseitigen Beziehungen zum verbotswidrigen Geschäfte nicht die gleichen sein können."

Diese Begründung wird später noch erweitert ¹⁾. Wenn nämlich die Rechtsordnung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts unter Strafe stelle, so könne die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft privatrechtlich wirksam sei, nicht von demselben Standpunkt beantwortet werden, als wenn sie, wie bei den Zivilverboten, in direkter Weise gegen ein Rechtsbestand eines Rechtsgeschäftes sich richte.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Verbote folgt der Verfasser grundsätzlich der Auffassung der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum, die den Zweck des Verbotsgesetzes für entscheidend hält ²⁾. Wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz der Privatrechtsordnung (Zivilverbot) verstößt, ohne daß von dieser eine ausdrückliche Sanktion ausgesprochen ist, ist das Geschäft nach Auffassung Raestrups in der Regel nichtig, so daß eine andere Folge sich als auf besonderer Sanktion beruhende Ausnahme darstellt ³⁾. Da es Aufgabe der Privatrechtsordnung sein müsse, jedes Unrecht wenigstens rechtlich unmöglich zu machen, könne auch nur eine Sanktion bei den Zivilverboten als die natürliche anerkannt werden, nämlich die der Nichtigkeit. Der Wille und die Tendenz der Privatrechtsordnung gehe auch stets dahin, einem Rechts-

1) Vgl. S. 18

2) Vgl. S. 27 ff und oben S. 11

3) Vgl. S. 20

geschäft, das ihr mißfalle, jede Wirkung zu entziehen, überhaupt verbotene Rechtsgeschäfte auszuschließen, da sie nur an der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Geschäftes Interesse habe. Die Zivilverbote erstrebten demnach also regelmäßig und ihrer Natur nach die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts. Die von der Nichtigkeit abweichenden Sanktionen stellten somit Ausnahmesanktionen dar, die von der Privatrechtsordnung da, wo sie zur Anwendung kommen sollen, stets erkennbar gemacht seien. In den Fällen also, in denen eine andere Folge als die Nichtigkeit nicht normiert sei, müsse angenommen werden, daß es bei der Nichtigkeit verbleibe. Daß ein Ausnahmewille, das heißt ein Abweichen von der Nichtigkeitsanktion ausdrücklich gestattet sein müsse, werde daraus offenbar, daß es keinen Fall gebe, in welchem einem Zivilverbot eine andere Sanktion als die der Nichtigkeit zuteil geworden wäre ¹⁾. Diese Aussage schränkt Raestrup jedoch zugleich wieder ein ²⁾. Die Art und Weise, in der die Privatrechtsordnung ihren Ausnahmewillen zum Ausdruck bringe, sei unterschiedlich. Auch sei es nicht erforderlich, daß dieser Ausnahmewille sich gerade aus der Gesetzesbestimmung ergeben müsse, in welcher die verbotende Rechtsnorm enthalten sei, sondern oft sei die Erforschung des Ausnahmewillens auch Sache der Auslegung. Letzteres treffe insbesondere bei den Veräußerungsverboten zu, wo es häufig einer eingehenden Prüfung bedürfe, ehe sich die Rechtswirkung des einzelnen Verbotsgesetzes erkennen lasse. Bei dieser Auslegung handle es sich aber nicht so sehr um die Feststellung, ob eine andere Sanktion sich aus dem Grund und Zweck des einzelnen Verbotsgesetzes entnehmen lasse, als vielmehr darum, ob die Privatrechtsordnung im Ganzen, nach deren Grundgedanken eine andere Sanktion als die Nichtigkeit gewollt habe.

1) Vgl. S. 21

2) Vgl. S. 21

b) Kritik

Abgesehen von den erhobenen Beanstandungen ¹⁾ gegen die h.M., die in gleicher Weise auch für die Ausführungen Raestrups zu den öffentlich-rechtlichen Verboten gelten, erheben sich bereits Bedenken gegen die Einteilung in Zivilverbote und öffentlich-rechtliche Verbote und gegen die aus dieser Unterscheidung gezogenen Konsequenzen. Eine Definition des Begriffs "Zivilverbot" fehlt. Hiermit könnten nur die im BGB enthaltenen Verbote oder sämtliche Verbote des Zivilrechts oder die von Raestrup erwähnten Verbote aus dem Bereich des HGB ²⁾, des AnFG ³⁾ und der KO ⁴⁾ gemeint sein. Bei einer Einteilung in verschiedene Gruppen, bei der jede unter einem bestimmten Begriff firmiert, ist eine Definition der angewandten Begriffe unerlässlich. Sonst läßt sich - wie hier - die Einteilung bereits deshalb nicht anwenden, weil nicht klar ist, unter welchen Begriff das infrage stehende Verbotsgesetz zu subsumieren ist.

Abgesehen hiervon kann die Frage, ob ein Verbotsgesetz zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat, im Einzelfall zweifelhaft sein ⁵⁾. Gerade in einem solchen Fall ist es aber problematisch, die Bejahung oder Verneinung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der begrifflichen Einordnung als Zivilverbot oder öffentlich-rechtliches Verbot abhängig zu machen.

Im übrigen ist die Unterscheidung zwischen den beiden Verbotsarten unter Zugrundelegung der Auffassung des Verfassers unnötig. Die Einteilung wurde nur deshalb vorgenommen, weil nach Auffassung Raestrups bei Zivilverboten

1) Vgl. oben S. 36 ff

2) Vgl. S. 22, 23, 24

3) Vgl. S. 24

4) Vgl. S. 24

5) Vgl. Wolff - Bachof I, § 22 II

in der Regel die Nichtigkeitsfolge eintritt, es sei denn, ein Ausnahmewille ist vorhanden, während bei den öffentlich-rechtlichen Verboten der Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes für die Rechtsfolge entscheidend ist¹⁾. Wenn der Verfasser nun auch betont, daß nicht so sehr Grund und Zweck des Zivilverbotsgesetzes über die Rechtsfolge Auskunft gibt, sondern die Privatrechtsordnung im Ganzen²⁾, so bleibt doch zu fragen, was "die Privatrechtsordnung im Ganzen" und "deren Grundgedanken"³⁾ ausmachen. Diese Begriffe sind so nichtssagend, daß sie für die Feststellung, ob ein Ausnahmewille vorliegt, in der Praxis gar nicht verwendbar sind. Letzten Endes läuft die Auslegung praktisch dann doch darauf hinaus zu fragen, ob der Zweck des Zivilverbotes die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes erfordert.

Somit ergibt sich, daß die Einteilung, die Raestrup vornimmt, gegenüber den Auslegungskriterien der h. M. für die praktische Anwendung keine Verbesserung ergibt.

II. Die Lehre von Flume

a) Das Verbot des Rechtsgeschäfts und das Verbot des rechtsgeschäftlichen Handelns⁴⁾

aa) Darstellung

Flume geht davon aus, daß es gesetzliche Verbote gibt, die sich unmittelbar gegen das Rechtsgeschäft richten und solche die sich unmittelbar gegen das rechtsgeschäftliche Handeln richten⁵⁾. Soweit das Verbotsgesetz unmittelbar

1) Vgl. S. 33

2) Vgl. S. 21 f

3) Vgl. S. 22

4) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, § 17, 3, S. 343 ff

5) Vgl. S. 344

nur das Rechtsgeschäft betreffe, komme es für die Nichtigkeit lediglich darauf an, daß das Rechtsgeschäft als solches der Verbotsnorm zuwider ist. Es sei unerheblich, ob den rechtsgeschäftlich Handelnden ihr Verhalten vorwerfbar ist. Vor allem komme es nicht darauf an, ob die rechtsgeschäftlich Handelnden von dem Verbotsgesetz Kenntnis hatten oder es kennen mußten.

Wenn ein Verbotsgesetz unmittelbar nur das rechtsgeschäftliche Handeln betreffe, könne das Verbot unmittelbar auch das Rechtsgeschäft ergreifen. Die Strafvorschriften, welche sich nur gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes als strafbare Handlung richteten, kämen in diesem Sinn nur als mittelbare Verbotsgesetze für die Rechtsgeschäfte in Betracht, deren Vornahme eine strafbare Handlung sei. Diese Strafgesetze würden unmittelbar stets nur die strafbare Handlung der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht aber das vollzogene Rechtsgeschäft als Regelung betreffen. Die von der Strafvorschrift vorgesehene Rechtsfolge sei unmittelbar nur auf die Person des Täters bezogen, indem das Strafgesetz dessen Strafbarkeit begründe. Voraussetzung für die Wirkung eines Strafgesetzes als Verbotsnorm für das Rechtsgeschäft als solches sei, daß durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts die Strafnorm voll erfüllt werde also nicht nur die objektiven, sondern auch die subjektiven Voraussetzungen des Straftatbestandes gegeben seien ¹⁾. Wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts eine strafbare Handlung sei, reiche es jedoch nicht aus, daß nur einer von mehreren an einem Rechtsgeschäft Beteiligten durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts eine strafbare Handlung begehe. Das Rechtsgeschäft selbst werde von der Strafvorschrift gegen das rechtsgeschäftliche Handeln als einer Verbotsnorm vielmehr erst ergriffen, wenn die sämtlichen am Abschluß des Rechtsgeschäfts Be-

1) Vgl. § 17, 3, S. 345

teiligten gegen die Strafnorm verstießen und zu ihrem Vorteil dennoch das Rechtsgeschäft vornähmen.

bb) Kritik

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und h.M. im Schrifttum geht Flume davon aus, daß § 134 anwendbar ist, wenn sich das Verbot gegen das Rechtsgeschäft als solches richtet. Wann dies der Fall ist, was gerade in der Praxis oft schwierig zu bestimmen ist, erläutert Flume dagegen nicht. Lediglich beiläufig erwähnt er später ¹⁾, daß es zahlreiche Verbotsvorschriften gebe, die nach ihrem Sinn nur der Vornahme der Leistung, nicht dagegen dem Leistungserfolg gelten. Letzten Endes geht wohl auch Flume insoweit von Sinn und Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes aus.

Unterschiede zur Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum ergeben sich jedoch bei den Strafvorschriften, welche sich gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes richten. Während nach allgemeiner Auffassung auch hier für die Frage der Nichtigkeit Sinn und Zweck der Strafvorschrift entscheidend ist ²⁾, fordert Flume die dargestellten subjektiven Voraussetzungen aller an dem Rechtsgeschäft Beteiligten. Eine Begründung für dieses Erfordernis gibt Flume nicht ³⁾.

Abgesehen davon, daß § 134 objektiv gefaßt ist und es daher nur darauf ankommt, daß das Rechtsgeschäft objektiv gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, also subjektive Merkmale gar keine Rolle spielen ⁴⁾, ist Flumes Vorschlag

1) Vgl. § 17, 4, S. 347

2) Vgl. Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 17

3) Vgl. § 17, 3, S. 345

4) Vgl. BGHZ 37, 363, 366 für Verstoß gegen Spielbankverordnung; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 16, 18; vgl. auch oben S. 11

unpraktikabel. In den Fällen, in denen den Vertragsbeteiligten keine Schuld nachgewiesen werden kann, müßte bei Zugrundelegung der Auffassung von Flume die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes verneint werden, obwohl der Zweck des Verbotsgesetzes unter Umständen die Unwirksamkeit erfordern würde. Bei Verstößen gegen andere Verbots-gesetze als Strafvorschriften käme es dagegen nicht auf das Vorliegen der erwähnten subjektiven Merkmale an. Ein sachlicher Grund für diese Unterscheidung ist nicht ersichtlich ¹⁾. Im Gegenteil könnten Verstöße gegen nicht strafbewehrte Verbotsgesetze eher zur Nichtigkeit führen als die Verletzung von Strafvorschriften. Obwohl die Strafsanktion darauf hindeutet, daß dem Gesetzgeber besonders viel an der Einhaltung des Verbotsgesetzes liegt, wären die Voraussetzungen, unter denen bei ihnen Nichtigkeit anzunehmen ist, strenger als bei nicht mit Strafsanktionen ausgestatteten Verbotsgesetzen.

b) Die Wirkung der Verbotsgesetze ²⁾

aa) Darstellung

Soweit ersichtlich hat Flume als erster die Auffassung vertreten, daß im Gegensatz zur Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum solche Verbotsvorschriften, die nach ihrem Sinn nur der Vornahme einer Leistung, nicht dagegen dem Leistungserfolg gelten, gleichwohl das ihnen zuwider abgeschlossene Rechtsgeschäft beeinflussen ³⁾. Wenn eine Handlung verboten sei, auch wenn das Verbot nur die öffentliche Ordnung schützen wolle, könne kein Erfüllungsanspruch auf die Vornahme der verbotenen Handlung bestehen ⁴⁾.

1) So auch Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 18

2) Vgl. § 17, 4, S. 346 ff

3) Vgl. § 17, 4, S. 347

4) Vgl. § 17, 4, S. 347; von einer Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes ist bei Flume, wie Honsell, JZ 1975, 440 Fn. 13 meint, nicht die Rede.

Wenn etwa nach Eintritt der Polizeistunde der Wirt noch eine Bestellung angenommen habe, könne der Gast nicht die Ausführung der Bestellung verlangen. Führe der Wirt allerdings die Bestellung aus, so sei der Gast auch auf Grund des Vertrages zur Bezahlung verpflichtet. Denn der Sinn des Polizeistunden-Verbotes sei nur, daß die Leistungshandlung unterbleiben soll, nicht aber, daß die erbrachte Leistung nicht bezahlt werden soll. Werde die vereinbarte - verbotene - Leistung erbracht, so rechtfertige der Vertrag das Behalten der Leistung. Die Leistung sei mit Rechtsgrund erfolgt, und es bestehe auch der vertragliche Anspruch auf die Gegenleistung. Vor allem bestünden in diesen Fällen die sekundären vertraglichen Verpflichtungen wie etwa Gewährleistungsansprüche und der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung. Bei Verletzung der sekundären Verpflichtungen bestehe ein vertraglicher Schadensersatzanspruch. Dagegen sei ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wenn die Leistung nicht erbracht werde, ebenso ausgeschlossen wie der Anspruch auf Erfüllung ¹⁾.

bb) Kritik

Die These, nach der kein Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung besteht, klingt einleuchtend. Gleichwohl fehlt eine dogmatische Begründung, warum kein Erfüllungsanspruch trotz wirksamen Vertrages bestehen soll. Auch die anderen zitierten Autoren sowie das Urteil des OLG Celle ²⁾ liefern keine oder keine überzeugende Begründung für diese Behauptung.

1) Vgl. § 17, 4, S. 347; so inzwischen auch OLG Celle JZ 1973, 246 f; Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30.3.1957 (BGBl. I S. 315); Larenz AT, § 22 II; Pawlowski, JZ 1966, 699; 1970, 507; AT II, § 4 II 3 b 5; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 134, 16; Honsell, JZ 1975, 440; BGHZ 46, 24, 29 zieht diese Ansicht in Erwägung

2) Vgl. unter Fn. 1)

Pawlowski ¹⁾ etwa ist der Auffassung, daß ein gesetzliches Verbot immer den Rechtsschutz ausschließe - und zwar unabhängig davon, ob sich das Verbot gegen einen oder gegen beide Vertragspartner richte oder ob es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handle. Für die Durchsetzung eines verbotenen Verhaltens könne nie Rechtsschutz gewährt werden. Soweit Pawlowski auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf eine verbotene Leistung hinweisen will, ist dieser Hinweis auch unter Zugrundelegung seiner eigenen Auffassung unzureichend. Auch Pawlowski lehnt nämlich einen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der verbotenen Leistung ab ²⁾. Dies läßt sich nur dahingehend verstehen, daß bereits im materiell-rechtlichen Bereich keine Erfüllung verlangt werden kann. Das Bestehen eines Anspruches ist jedoch keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses und damit der Zulässigkeit einer Klage, sondern ihrer Begründetheit ³⁾.

Auch die Begründung von Larenz vermag nicht zu überzeugen. Larenz ⁴⁾ hält die Erfüllung für unzumutbar, wenn sie nur unter Übertretung eines Verbotes möglich ist. Sie könne daher verweigert werden. Aus dem gleichen Grund könne, solange die Erfüllung nur unter Verletzung eines Verbotes möglich sei, Verzug nicht eintreten. Dagegen könne die Erfüllung in dem ersten Zeitpunkt, in dem sie ohne Verstoß gegen das Verbot möglich sei, verlangt werden, weil das Geschäft als solches nicht nichtig sei.

In der Literatur ist weitgehend anerkannt ⁵⁾, daß nach § 242

1) JZ 1970, 507

2) JZ 1970, 508

3) Ähnlich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 61 zur Lehre von der Rechtsschutzverweigerung bei § 817 S. 2; Vgl. auch OLG Hamburg MDR 1973, 941; Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann, Grundzüge Anm. 5 vor § 253

4) AT, § 22 II, S. 359 Fn. 1); vgl. auch Honsell, JZ 1975, 440

5) Vgl. Esser SAT, § 6 III 6; Larenz SAT, § 10 II c; Medicus, § 7 II 4 a aa)

die Erfüllung einer Leistungspflicht unzumutbar sein kann, Unzumutbarkeit der Leistung liege insbesondere vor, wenn höhere Interessen, vor allem die Rücksicht auf Leben oder Gesundheit des Schuldners oder seiner Familienangehörigen, oder eine höhere sittliche Pflicht der Leistung entgegenstehe ¹⁾. Unzumutbar sei auch eine Leistung, wenn der Schuldner durch sie ein verbotenes oder unsittliches Vorhaben des Gläubigers unterstützen würde ²⁾.

Vom Standpunkt dieser Meinung des Reichsgerichts aus könnte man annehmen, daß erst recht die Leistung unzumutbar sein muß, wenn der Schuldner bei oder durch Erbringung der geschuldeten Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstieße. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Einwand der Unzumutbarkeit nur durchgreift, wenn die Vertragserfüllung unter nachträglich auftauchenden Umständen als unzumutbar erscheint. Sofern nämlich bereits am Anfang Unzumutbares gefordert wird, wird der Vertrag schon gemäß § 138 nichtig sein ³⁾. Zwar muß nicht jeder Gesetzesverstoß gleichzeitig gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 gerichtet sein. Aber wenn die in der Literatur - auch von Larenz - vertretene Meinung ⁴⁾ den Einwand der Unzumutbarkeit unter anderem ohnehin nur zuläßt bei Entgegenstehen einer höheren sittlichen Pflicht, so ist mit Esser ⁵⁾ davon auszugehen, daß bei Bejahung der Unzumutbarkeit auch ein Sittenverstoß vorliegt. Das bedeutet, daß eine Berufung auf Unzumutbarkeit nur zulässig ist, wenn das Verbotsgesetz nach Abschluß des Vertrages in Kraft tritt. Diese Situation ist jedoch in der Praxis selten gegeben. So befindet sich unter den bisher

1) Vgl. Larenz SAT, § 10 II c

2) Vgl. RGZ 92, 355, 358: Handel mit Arzneimitteln ohne die erforderliche Erlaubnis; 99, 156, 157: Preiswucher und unerlaubter Kettenhandel; 106, 316, 318: Handel mit Lebensmitteln ohne Genehmigung

3) Vgl. Esser SAT, § 6 III 6; ähnlich RGZ 106, 316, 317 (vgl. Fn. 1))

4) Vgl. oben S. 54 f

5) Vgl. Esser a.a.O.

dargestellten Entscheidungen keine, der ein solcher Sachverhalt zu Grunde lag. Die Urteile beschäftigen sich vielmehr mit Verstößen gegen bei Vertragsschluß bereits bestehende Verbotsgesetze. Hiervon gehen auch die Vertreter der hier besprochenen Auffassung stillschweigend aus.

Da die dargestellten Begründungsversuche nicht zu überzeugen vermögen, soll noch geprüft werden, ob sich die hier behandelte Auffassung mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit einer Leistung begründen läßt. Innerhalb der Unmöglichkeitsregeln entsprechen § 275 Abs. 1 und 2 der hier besprochenen Auffassung, wonach der Vertrag zwar wirksam ist, aber kein Erfüllungsanspruch besteht. § 275 betrifft die Fälle der nachträglichen objektiven und subjektiven Unmöglichkeit. Hier wird der Schuldner von seiner Leistungsverpflichtung befreit. Trotzdem bleibt der Vertrag wirksam, wie sich aus einer Gegenüberstellung mit § 306 ergibt, der die anfängliche objektive Unmöglichkeit regelt und bei dieser die Nichtigkeit anordnet ¹⁾.

Wenn man den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot als juristische Unmöglichkeit ansieht ²⁾, fallen unter § 275 nur die Fälle, in denen das Verbotsgesetz erst nachträglich, d.h. erst nach Vertragsschluß erlassen wurde. Diese Situation ist jedoch - wie bereits erwähnt ³⁾ - in der Praxis selten gegeben.

Bei anfänglichem Unvermögen - dies kommt vor allem für die Fälle einer fehlenden Genehmigung, die an subjektive Merkmale anknüpft, infrage ⁴⁾ - verweist § 440 Abs. 1 für das Kaufrecht auf die §§ 320 ff. Dies bedeutet, daß der Vertrag zwar wirksam bleibt, aber der Anspruch auf die Leistung

1) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 275, 7

2) Vgl. Staudinger-Werner, § 275, Vorbem. 11

3) Vgl. oben S. 55 f.

4) Vgl. auch Benöhr, NJW 1975, 1971

nicht gemäß § 275 entfällt, sondern bestehen bleibt, solange nicht feststeht, daß die Erfüllung objektiv unmöglich ist ¹⁾. Gleiches gilt für den Tausch gemäß § 515 sowie für den Werklieferungsvertrag gemäß § 651 Abs. 1 jeweils in Verbindung mit § 440 Abs. 1.

Für den Bereich außerhalb des Kaufrechts wird bei anfänglichem Unvermögen, da eine gestzliche Regelung insofern fehlt, ebenfalls angenommen, daß der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er das Unvermögen im Sinne des § 276 verschuldet hat (sog. Garantiehaftung) ²⁾. Auch hier bleibt der Vertrag gültig ³⁾, so daß an sich der Erfüllungsanspruch bestehen bleibt.

Da die Leistung also nicht mehr verlangt werden kann, wenn das ursprüngliche Unvermögen feststeht ⁴⁾, entfällt bei Unvermögen wegen eines gesetzlichen Verbotes der Erfüllungsanspruch. Denn bei Bestehen eines solchen Verbotes ist die Unmöglichkeit nicht zweifelhaft, sondern steht bereits von Anfang an fest.

Damit läßt sich die hier besprochene Auffassung nur für die Fälle des ursprünglichen Unvermögens sowie der in der Praxis seltenen nachträglichen subjektiven und objektiven Unmöglichkeit begründen. Bei anfänglicher Unmöglichkeit ergibt sich jedoch als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Vertrags aus § 306.

Da eine solche Differenzierung von keinem Vertreter der hier besprochenen Auffassung vorgenommen wird, läßt sich - abgesehen von der Frage, ob bei einem Gesetzesverstoß Unmöglichkeit vorliegt - mit den Unmöglichkeitsvorschriften

1) Vgl. RGZ 94, 237, 234; Planck, § 440, 3, RGRK-Kuhn, § 440, 7 Soergel-Siebert-Ballerstedt, § 440, 3

2) Vgl. RGZ 69, 355, 357; 99, 232, 234; BGHZ 11, 16, 20, 21, 22; BGH MDR 1963, 404 f; Mot. II, S. 45 f; Enneccerus-Lehmann, § 29 II 2; Fikentscher, § 43 III 4; Nastelski, JuS 1962, 289, 298; Palandt-Heinrichs, § 306, 3; RGRK - Wilde, § 306, 4; a.A. Staudinger-Ostler, § 440, 6; Böhmer, JZ 1953, 392

3) Vgl. unter Fn. 1)

4) Vgl. oben S. 55, 56 f

nur für bestimmte Fallgruppen dogmatisch begründen, warum trotz wirksamen Vertrags kein Anspruch auf die verbotene Leistung besteht ¹⁾.

Schließlich kann die hier besprochene Auffassung auch nicht über die Grundsätze der Naturalobligation begründet werden ²⁾. Eine Naturalobligation muß im Gesetz vorgesehen sein, da sie eine Ausnahme des im § 241 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes ist, wonach der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern ³⁾. Eine solche gesetzliche Kennzeichnung als unvollkommene Verbindlichkeit ist zum Beispiel in §§ 656, 762 erfolgt. Für Verbotsgesetze fehlt jedoch eine allgemeine entsprechende gesetzliche Regelung. Sie ist nur ausnahmsweise in § 64 BörsG vorgesehen.

Ist somit Voraussetzung für den Ausschluß des Erfüllungsanspruches die Nichtigkeit des Vertrages, so ließe sich die hier besprochene Auffassung nur rechtfertigen, wenn der nichtige Vertrag nachträglich - nämlich nach Erbringung der verbotswidrigen Leistung - wirksam geworden ist. Abgesehen von den Fällen der Heilung etwa nach § 313 S. 2 oder § 518 Abs. 2 oder der Genehmigung zum Beispiel nach § 108 Abs. 1 oder § 177 Abs. 1, die hier jedoch nicht infrage kommen, kann ein nichtiger Vertrag gemäß § 141 von den Parteien bestätigt werden. Wenn auch die Bestätigung als erneute Vornahme des Vertrags zu beurteilen ist (§ 141 Abs. 1, letzter Halbsatz), also nicht der ursprüngliche nichtige Vertrag wirksam wird, sondern ein neuer Vertrag geschlossen wird, so ließe sich mit einer solchen Konstruktion an sich begründen, warum zwar kein Anspruch auf die verbotene Leistung

1) Im Ergebnis nunmehr ebenso BGH WPM 1973, 1024, 1026, der die Ansicht von Flume ausdrücklich ablehnt, da § 134 eine solche Differenzierung nicht zulasse (vgl. oben S. 28 f: Verstoß gegen §§ 35, 210, 211 AVAVG)

2) Vgl. hierzu den Hinweis Rothers, AcP 172, 507

3) Vgl. Lüderitz, StudK BGB, § 241, I. 6.

bestehen soll, aber andererseits die Gegenleistung gefordert werden kann, wenn die verbotene Leistung bereits erbracht wurde, und warum der Vertrag das Behalten dieser Leistung rechtfertigt ¹⁾. Aber hierbei darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Neuvernahme ebenso gegen das gesetzliche Verbot verstößt und daher das neue Rechtsgeschäft ebenfalls nichtig ist. Denn die Tatsache der Erbringung der verbotenen Leistung kann nicht das Verbotsgesetz beseitigen ²⁾. Eine Ausnahme ergibt sich allerdings, wenn das Verbotsgesetz aufgehoben wird ³⁾. In einem solchen Fall wird allerdings zu prüfen sein, ob nicht der Vertrag von Anfang an gemäß §§ 309, 308 wirksam ist. Dies käme infrage, wenn die Vertragspartner zumindest stillschweigend den Wegfall des Verbotes ins Auge gefaßt haben ⁴⁾. Eine weitere Ausnahme ergibt sich schließlich, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erfüllung des Verbotsgesetzes nach dem ursprünglichen Vertragschluß weggefallen sind. Wird etwa im Falle eines gegen das Ladenschlußgesetz verstoßenden Kaufvertrags der Kaufgegenstand erst nach Ablauf der Ladenschlußzeit - also während der regulären Geschäftszeit - übergeben und angenommen, so ist dies als Bestätigung des nichtigen Vertrages und Abschluß eines neuen Vertrages zu werten.

Abgesehen von den beiden dargestellten Ausnahmen läßt sich also die hier besprochene Auffassung auch nicht mit einem nachträglichen Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts begründen.

1) Vgl. Flume, § 17, 4 sowie oben S. 52, 53

2) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 141, 2

3) Vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O.

4) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 309, 3

III. Die Auffassung Pawlowskis ¹⁾

a) Einteilung in Abreden und durchgeführte Verträge

Ausgangspunkt für die Einteilung, die Pawlowski vorschlägt, ist die oben besprochene Auffassung ²⁾, daß ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, keinen Leistungsanspruch begründet ³⁾. Darüberhinaus kritisiert er die Einteilung in ein- und zweiseitige Verbote ⁴⁾. Das geltende Recht enthalte zahlreiche Ausnahmen von dem Grundsatz, daß einseitige Verbote nicht zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften führen, da es unstreitig eine Vielzahl einseitiger Verbote gebe, die zur Nichtigkeit vertraglicher Abreden führten wie zum Beispiel § 248 sowie § 138. Auf der anderen Seite zögen auch viele zweiseitige Verbote nicht die Unwirksamkeit vertraglicher Abreden nach sich. Daher muß nach Auffassung Pawlowskis die Einteilung der verschiedenen Verbote an anderen Gesichtspunkten orientiert werden.

Der Einteilung, die Pawlowski vorschlägt, liegt folgende Struktur zugrunde:

Je nach der augenblicklichen Situation, in der sich das Vertragsverhältnis befindet, unterscheidet Pawlowski zwischen sogenannten "Abreden", das sind noch nicht durchgeführte Verträge ⁵⁾, und "durchgeführten Verträgen" ⁶⁾. Für jeden dieser beiden Abschnitte wird wiederum unterschieden nach dem jeweiligen Schutzzweck der Verbotsgesetze ⁷⁾.

1) Allgemeiner Teil des BGB, Band 2, § 4 II 3, S. 233 ff sowie JZ 1966, 696 ff; JZ 1970, 506 ff; befürwortend im Vergleich zu den bisherigen Lösungen neuerdings auch Hadding, StudK BGB, § 134, II. 2.

2) Vgl. oben S. 52 f

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, 4 b und 5, S. 234 f

4) Vgl. AT II, § 4 II 3, 4 b, S. 234 f

5) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 4, S. 241

6) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235

7) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 5 und 6, S. 235

aa) Einteilung der Verbote von Abreden ¹⁾

(1) Die Verbote, die nur bestimmte Modalitäten der Leistung regeln (zum Beispiel Ladenschlußgesetz) führen nach Ansicht von Pawlowski nicht zur Unwirksamkeit vertraglicher Abreden. Ausgeschlossen sei nur jeder Anspruch auf die verbotene Art der Erfüllung; im übrigen sei der Vertrag wirksam.

(2) Verbote, die den Schutz eines der Vertragspartner bezwecken, ziehen nach Auffassung Pawlowskis die Nichtigkeit der verbotenen Teilabreden nach sich. Der Rest des Vertrages sei dagegen wirksam.

(3) Alle anderen Verbote führen nach Pawlowski zur Nichtigkeit vertraglicher Abreden. Dies bedeute, daß keine Leistungsansprüche entstehen, da Ansprüche auf verbotenes Verhalten nie zwangsweise durchgesetzt werden könnten. Daraus ergebe sich auch, daß in diesen Fällen kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden könne.

bb) Einteilung der Verbote bei durchgeführten Verträgen

(1) Verträge, die gegen Verbote verstoßen, die einen der Vertragspartner schützen sollen, seien auch nach ihrer Erfüllung voll wirksam ²⁾. Nichtig sei nur die verbotene Klausel. Das könne allerdings in den Fällen anders sein, in denen ein Verbot neben dem Schutz eines Vertragspartners auch noch bestimmte Allgemeininteressen wahren solle, wie etwa das Verbot des Rechtsberatungsmissbrauches ³⁾.

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 5, S. 235

2) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235 Fn. 177)

(2) Bei den Verboten, die den Schutz Dritter bezwecken, die am Vertrag nicht beteiligt sind - wie z.B. die Verbote der §§ 719 BGB, 30 GmbHG - spielen nicht selten der sogenannte "gutgläubige Erwerb" eine besondere Rolle (vgl. z.B. die §§ 932 ff). In anderen Fällen würden derartige Verbote auch zu einer sog. "relativen Unwirksamkeit" der vertraglichen Einigung (vgl. z. B. die §§ 135 ff) führen, bei der diese im gegenseitigen Verhältnis der Vertragspartner und in deren Verhältnis zu anderen als wirksam und nur in dem Verhältnis zu dem geschützten Dritten als unwirksam behandelt werde ¹⁾.

(3) Eine dritte Gruppe bilden nach Ansicht von Pawlowski die Verbote ²⁾, die nur im Interesse allgemeiner Ordnungsprinzipien erlassen sind, die also Interessen der Allgemeinheit wahren sollen, wie z. B. die meisten Vorschriften aus dem Bereich der Wirtschaftsordnung, gesundheits- und werbepolizeiliche Vorschriften, Vorschriften, die die sittliche Ordnung schützen sollen. Hierbei sei wiederum zwischen zwei Arten von Verboten zu differenzieren. Es gebe einmal Verbote, an deren Beachtung ein so großes allgemeines Interesse bestehe, daß auch der Zustand mißbilligt werde, der bei ihrer Übertretung entstehe. Dies ergebe sich daraus, daß weitere Vorschriften vorsehen, daß dieser Zustand von Amts wegen (durch Konfiskation, Einziehung von Gegenständen etc.) wieder beseitigt werde - wie z. B. bei den Zollvorschriften, bei Verstößen gegen Wirtschaftsstrafbestimmungen usw.. Verträge, die gegen derartige Verbote verstoßen, seien auch nach ihrer Durchführung unwirksam (Amtsichtigkeit) ³⁾.

1) AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235

2) AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236 sowie Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 142 ff

Es gebe aber auch Verbote, bei denen Verstöße nicht von Amts wegen verfolgt würden. Durchgeführte Verträge, die gegen derartige Verbote verstoßen, seien jedenfalls insoweit wirksam, als die Vertragspartner sich nach ihnen richten (Parteinichtigkeit) ¹⁾.

cc) Begründung der vorgeschlagenen Einteilung

Zum Verständnis der dargestellten Einteilung ist es notwendig, die weiteren Ausführungen Pawlowskis zu diesem Fragenkomplex darzustellen.

Pawlowski schlägt eine Einschränkung der Nichtigkeit nach der Funktion der Verträge vor ²⁾. Die Funktion der vertraglichen Einigung solle den Vertragspartnern die Möglichkeit geben, ihre Kompetenz zur selbständigen rechtlichen Regelung ihrer gegenseitigen Beziehungen auszuüben. Die Vereinbarungen der Vertragspartner seien daher insoweit als rechtlich wirksam zu qualifizieren, als sie dieser Funktion gerecht würden, d.h. als sie geeignet seien, diese Beziehungen angemessen zu regeln. Diese Eignung sei immer dann gegeben, wenn die Vereinbarungen die Beziehungen tatsächlich geregelt hätten. Daraus ergebe sich zunächst einmal, daß für durchgeführte - d.h. ganz oder teilweise erfüllte - Verträge andere Grundsätze gelten können, als für Verträge, die noch von keiner Seite erfüllt worden sind. Durchgeführte Verträge (Vertragsverhältnisse) seien also anders zu behandeln als (noch) nicht durchgeführte Verträge (Abreden). Hieraus erklärt sich die Einteilung in Abreden und durchgeführte Verträge.

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236

2) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 4, S. 241

b) Kritik

Betrachtet man die Einteilung in Abreden und durchgeführte Verträge¹⁾, so fällt auf, daß in der vorgeschlagenen Einteilung zwei Problemkreise behandelt werden. Einmal, wann überhaupt ein gesetzliches Verbot zur Nichtigkeit führt, und zum anderen, was mit dem übrigen Vertrag geschieht, falls nur ein Teil des Vertrages gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung interessiert die allgemeine Frage, ob ein Gesetzesverstoß überhaupt gemäß § 134 zur Nichtigkeit führt. Bei der Frage, was aus dem übrigen Vertrag wird, wenn nur ein Teil desselben wegen Gesetzesverstoßes nichtig ist, handelt es sich dagegen um ein Problem des § 139, der im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht näher erörtert werden soll.

Bei den "Abreden" führen nach Auffassung Pawlowskis²⁾ die Verbote, die den Schutz eines der Vertragspartner bezwecken, sowie alle anderen Verbote zur Nichtigkeit. Wenn Pawlowski auch von Teilabreden spricht, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, so dürfte es doch in seinem Sinne liegen, Gleiches auch anzunehmen, wenn der gesamte Vertrag und nicht nur ein Teil desselben gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, das den Schutz eines Vertragspartners bezweckt. Denn z.B. bei einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz, das den Rechtsuchenden schützen soll³⁾, verstößt nicht nur ein Teil des Rechtsberatungsvertrags, sondern das gesamte Rechtsgeschäft gegen das genannte Gesetz. Gleichwohl sollen nach Auffassung Pawlowskis auch für diesen Fall die hier besprochenen Regeln gelten⁴⁾.

Weiterhin führen bei "durchgeführten Verträgen" Verbote,

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 5, 6, S. 235 f.

2) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 5, S. 235

3) Vgl. hierzu Pawlowski, JZ 1970, 508

4) Vgl. JZ 1970, 508; AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235 Fn. 177)

die Interessen eines Vertragspartners oder der Allgemeinheit wahren sollen, zur Nichtigkeit. Eindeutig ist dies für die Fälle der sogenannten "Amtsnichtigkeit"¹⁾ und der Verbote, die den Schutz eines Vertragspartners bezwecken²⁾.

Nicht so klar drückt sich Pawlowski dagegen für die Verbote aus, bei denen Verstöße nicht von Amts wegen verfolgt werden. Hier seien durchgeführte Verträge, die gegen derartige Verbote verstoßen "jedenfalls insoweit wirksam, als die Vertragspartner sich nach ihnen richten". Pawlowski spricht in diesem Zusammenhang von "Parteinichtigkeit"³⁾. Hieraus läßt sich schließen, daß umgekehrt der Vertrag unwirksam ist, wenn sich die Parteien nicht nach ihm richten. Daß auch Pawlowski hiervon ausgeht, ergibt sich aus seinen späteren Ausführungen über die Rechtsfolgen nichtiger Verträge nach voller Erfüllung⁴⁾. Danach sollen Verträge, die ganz oder teilweise gegen gesetzliche Verbote verstoßen, die die Interessen der Allgemeinheit schützen, voll wirksam werden, wenn beide Vertragspartner den Gesamtvertrag voll erfüllt haben - soweit sie dabei wußten, daß sie zur Erfüllung nicht verpflichtet waren (§§ 814, 817) -, wenn es sich nicht um Fälle der "absoluten Nichtigkeit" (Amtsnichtigkeit) handelt. Für den Fall schließlich, daß beide oder einer der Beteiligten sich nicht der Gesetzeswidrigkeit bewußt waren, verweist Pawlowski auf die §§ 812 ff. Die Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit ist hier deshalb so bedeutungsvoll, weil nach der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum⁵⁾ für die Anwendung des § 817 diese Kenntnis notwendig ist. Wenn sie

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236

2) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236

4) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 10, 3. und 4., S. 247

5) Vgl. etwa BGHZ 50, 90, 92 sowie oben S. 40 Fn. 2)

also fehlt, und § 817 oder § 814 daher nicht anwendbar ist, kann der Vertrag gemäß den §§ 812 ff rückabgewickelt werden, was wiederum voraussetzt, daß der Vertrag nichtig ist. Auch bei der sogenannten vollen Wirksamkeit handelt es sich daher nur um eine faktische, auf § 817 S. 2 oder § 814 beruhende Wirksamkeit. Eine solche Rückabwicklungsmöglichkeit besteht nach Auffassung Pawlowskis aber nur bei Verboten (Strafgesetzen), deren Verletzung den unwissenden Vertragspartner diskriminiert ¹⁾. So macht Pawlowski eine Ausnahme - die allerdings nicht in seiner Einteilung enthalten ist - bei Verstößen gegen gesundheits- oder gewerbe- polizeiliche Ordnungsvorschriften, wie z. B. das Verbot, Arzneimittel ohne ärztliches Rezept abzugeben. Hier soll die völlige Durchführung des Vertrages zu dessen völliger Wirksamkeit führen ²⁾. Daher könne der Verkäufer eines verschreibungspflichtigen Medikaments von dem Käufer auch den Kaufpreis fordern, wenn er das Medikament bereits übergeben habe ³⁾. Zweifel daran, ob Pawlowski hier die rechtliche Wirksamkeit meint, ergeben sich allerdings für die Situation, daß der Kaufpreis bereits bezahlt ist, aber das Medikament noch nicht übergeben ist. Hier soll die Möglichkeit zur Rückabwicklung gemäß § 812 ff bestehen ⁴⁾. Dies kann an sich nur bedeuten, daß der Vertrag rechtlich gesehen doch nichtig sein soll.

Somit ergibt sich, daß - u. U. mit Ausnahme der gesundheits- oder gewerbepolizeilichen Ordnungsvorschriften (was nicht ganz klar ist) - alle bisher behandelten Verbote unter Zugrundelegung der Einteilung von Pawlowski zur Nichtigkeit führen. Dies gilt auch für die Verbote, die den Schutz Dritter bezwecken, die nicht am Vertrag beteiligt sind.

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 10, 4., S. 247

2) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 10, 4., S. 247

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 12, 3., S. 249

4) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 12, 2., S. 248 f

Zwar sind die bei dieser Fallgruppe auftretenden Rechtsfolgen in der Einteilung - abgesehen vom gutgläubigen Erwerb und der relativen Unwirksamkeit - nicht erwähnt ¹⁾. Aber Pawlowski wies bereits früher darauf hin, daß auch ausgeführte Verträge, die gegen solche Verbote verstoßen, als unwirksam zu behandeln sind ²⁾.

Noch nicht besprochen wurden in der Gruppe der Abreden die Verbote, die nur bestimmte Modalitäten der Leistung regeln. Nach Pawlowski führen diese Verbote nicht gerade zur Unwirksamkeit vertraglicher Abreden; ausgeschlossen sei nur jeder Anspruch auf die verbotene Art der Erfüllung ³⁾.

Ob diese Gruppe identisch ist mit den bei den durchgeführten Verträgen besprochenen Verboten, die nur im Interesse allgemeiner Ordnungsprinzipien erlassen sind und die zur Parteiniichtigkeit führen, ist nicht klar ersichtlich ⁴⁾. Hierfür spricht, daß Ordnungsvorschriften gesundheits- oder gewerbepolizeilicher Art nach h. M. ⁵⁾ in der Regel ebenfalls nur bestimmte Umstände der Vornahme der Leistung regeln. So wird etwa auch das Verbot des Verkaufes verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept als Verbot angesehen, das nur eine bestimmte Art der Leistung nämlich den Verkauf ohne Rezept verbiete ⁶⁾. Zählt man daher zu den bei den Abreden behandelten Verboten, die nur bestimmte Modalitäten der Leistung regeln, die Verbote mit Parteiniichtigkeit ⁷⁾, so ergibt sich innerhalb der Einteilung ein Widerspruch, da bei den "Abreden" gesagt wird, daß diese wirksam sind, während für "durchgeführte Verträge" insoweit Nichtigkeit angenommen wird. Dieser Widerspruch wird allerdings zumindest

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235

2) Vgl. JZ 1970, 508

3) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 235 sowie c 6, S. 243

4) Vgl. oben S. 62 f

5) Vgl. etwa Palandt-Heinrichs, § 134, 2 a; Staudinger-Coing, § 134, 12

6) Vgl. BGH NJW 1968, 2286

7) Vgl. AT II, § 4 II 3, b 6, S. 236

für die gesundheits- und gewerbepolizeilichen Ordnungsvorschriften, soweit die verbotswidrige Leistung erbracht wurde, durch die bereits dargestellten Ausführungen Pawlowskis zu den Rechtsfolgen nichtiger Verträge u. U. später wieder aufgehoben. Denn, sofern die verbotene Leistung erbracht wurde, ist der Vertrag nicht nur faktisch, sondern nach Auffassung Pawlowskis offensichtlich auch rechtlich wirksam ¹⁾. Daß sich eine solche Konstruktion - kein Erfüllungsanspruch trotz wirksamen Vertrages - dogmatisch nicht begründen läßt, wurde bereits dargelegt ²⁾.

Es bleibt somit festzuhalten, daß nach Auffassung Pawlowskis sowohl Abreden, die gegen Verbote verstoßen, die bestimmte Modalitäten der Leistung regeln, als auch durchgeführte Verträge (sofern die verbotswidrige Leistung erbracht wurde), die gegen gesundheits- oder gewerbepolizeiliche Ordnungsvorschriften verstoßen, wirksam sind, während alle übrigen Verbotsgesetze zur Nichtigkeit führen. Es ergibt sich daher für die Anwendung der Einteilung jeweils die Vorfrage, ob bei "Abreden" das Verbot nur die Art und Weise der Leistung regelt, oder ob es sich um eine Ordnungsvorschrift handelt. Denn in diesen Fällen wäre von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach Pawlowskis Einteilung auszugehen. Dabei ergeben sich aber dieselben Zweifelsfragen ³⁾ wie bei Anwendung der von der h. M. gebrauchten Abgrenzung zwischen "echten" Verbotsgesetzen und Ordnungsvorschriften ⁴⁾. So ist gerade in den oben dargestellten Entscheidungen ⁵⁾ problematisch gewesen, ob das jeweilige Gesetz nur die Art der Vornahme oder seine Umstände oder das Rechtsgeschäft als solches verhindern wollte.

1) Vgl. AT II, § 4 II 3, c 10, 4., S. 247 sowie c 12, 3., S. 249

2) Vgl. oben S. 53 ff

3) Vgl. oben S. 36 ff

4) Vgl. oben S. 11

5) Vgl. oben S. 1 ff und S. 17 ff

Auch die Einteilung Pawlowskis erleichtert daher nicht die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gemäß § 134 nichtig ist.

IV. Die Auffassung Ernst Wolfs ¹⁾

a) Darstellung

Wolf geht mit der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum ²⁾ davon aus, daß ein Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn sich das gesetzliche Verbot gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richtet und daß es wirksam ist, wenn das Verbot nur die Umstände der Vornahme des Geschäftes verhindern will ³⁾. Ein "gesetzliches Verbot" im Sinne des § 134 ist nach Auffassung Wolfs eine gesetzliche Regelung mit dem Inhalt, die Unvereinbarkeit des "verbotenen" Verhaltens mit der öffentlichen Ordnung, also mit den Rechten des Staates als der organisierten Gemeinschaft aller Bürger, zu bestimmen. Die Rechtswidrigkeit der Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestehe daher nicht in einer Zuwiderhandlung gegen das "gesetzliche Verbot" selbst, sondern in der Verletzung eines mit dessen Erlass entstandenen, ihm inhaltlich entsprechenden Ausschlußrechts des Staates ⁴⁾. Gegen ein Ausschlußrecht des Staates könne ein Rechtsgeschäft nur dadurch verstoßen, daß alle Beteiligten durch ihr Handeln das Ausschlußrecht verletzen. Rechtswidriges Handeln eines am Rechtsgeschäft Beteiligten gegenüber den anderen Beteiligten sei keine Ver-

1) Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 10 C. II d), S. 354 ff; SAE 1973, 13 ff

2) Vgl. oben S. 10 f

3) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 355

4) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 354 f

letzung des Ausschlußrechtes des Staates und somit nicht diesem gegenüber rechtswidrig ¹⁾. So betreffe etwa § 3 AZO nicht die öffentliche Ordnung, sondern den Inhalt des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Sie enthalte kein "gesetzliches Verbot" und begründe kein Ausschlußrecht des Staates. § 134 gelte hier nicht. Die Unwirksamkeit der Vereinbarung einer die gesetzlich zulässige Dauer überschreiten- den Arbeitszeit folge stattdessen unmittelbar aus § 3 AZO als Unwirksamkeitsregelung ²⁾. Ob eine gesetzliche Regelung ein "gesetzliches Verbot" enthalte und ob gegebenenfalls dieses das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach betreffe und deshalb mit einer Unwirksamkeitsregelung verknüpft sei, sei durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmung zu erkennen ³⁾.

b) Kritik

Die Erörterung der Frage, ob sich die Nichtigkeit als Rechtsfolge aus § 134 oder unmittelbar aus dem Verbotsgesetz als "Unwirksamkeitsregelung ergibt ⁴⁾, setzt voraus, daß man bei dem konkreten Verbot jedenfalls von der Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes ausgeht. Ebensowenig wie die Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum ⁵⁾ schlägt Wolf jedoch Kriterien für die Abgrenzung zwischen Verboten vor, die sich gegen den Inhalt oder nur gegen die Umstände der Vornahme des Rechtsgeschäftes richten. Daß diese Einteilung als solche jedoch bisher nicht mit klaren Abgrenzungskriterien versehen ist, wurde bereits dargestellt ⁶⁾.

1) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 355

2) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 356 und Fn. 44)

3) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 356

4) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 356 sowie Fn. 44)

5) Vgl. oben S. 11 sowie S. 36 ff

6) Vgl. oben S. 36 ff

Auch Wolf räumt ein, daß die Bemühungen, zwischen gesetzlichen Verboten, die die Unwirksamkeit begründen, und solchen, die keine Unwirksamkeit zur Folge haben, ein Unterscheidungsmerkmal zu finden, bisher erfolglos waren ¹⁾. Ob sich die Unwirksamkeit schließlich aus der Verbotsvorschrift selbst - wie nach Auffassung von Wolf bei § 3 AZO ²⁾ - oder aus § 134 ergibt, hat für die sich aufgrund der Nichtigkeit ergebenden Rechtsfolgen keinerlei Bedeutung. Darüberhinaus fehlt auch ein Abgrenzungskriterium dafür, wann ein Verbot die öffentliche Ordnung und wann nur den Inhalt eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts betrifft.

1) Vgl. SAE 1973, 13

2) Vgl. AT, § 10 C. II d), S. 356 Fn. 44)

2. Abschnitt: Eigener Lösungsvorschlag

§ 3 Ausgangspunkt: Wird der Zweck eines Verbotsgesetzes am ehesten erreicht, wenn das gegen dieses Verbot verstoßende Rechtsgeschäft nichtig ist ?

Angesichts der weithin unbefriedigenden Lösungen, die bisher von Rechtsprechung und Literatur zu der Frage entwickelt worden sind, unter welchen Voraussetzungen ein Gesetzesverstoß gemäß § 134 die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt, soll im folgenden der Versuch unternommen werden, die Anwendbarkeit des § 134 auf eine eindeutige Grundlage zu stellen und überzeugende Maßstäbe der Abgrenzung zu finden. Als ein einleuchtendes Kriterium für die Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 hat sich bislang nur die Unterscheidung herausgestellt, ob der Zweck eines gesetzlichen Verbotes am ehesten erreicht wird, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nichtig ist ¹⁾. Es soll daher im einzelnen untersucht werden, ob sich mit dieser Argumentation für sämtliche in Betracht kommenden Fälle zutreffende Ergebnisse erzielen lassen. Dabei sollen Fallgruppen nach dem unterschiedlichen Schutzzweck von Verbotsgesetzen gebildet werden.

Vorab läßt sich allgemein feststellen, daß der Zweck eines Verbotsgesetzes am ehesten erreicht wird, wenn das, was verhindert werden soll, auch verhindert wird. Soll also ein bestimmtes Handeln oder ein bestimmter Erfolg vermieden werden, so wird dieser Zweck am ehesten erreicht, wenn das verbotswidrige Rechtsgeschäft gar nicht erst zustande kommt. Dies wird umso weniger der Fall sein, je ~~gravierender~~ - abgesehen von einer etwaigen Ahndung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit - die Folgen für die Vertragspartner sind. Sofern der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in zivilrechtlicher Hinsicht keine nachteiligen Konsequenzen hat,

1) Vgl. oben S. 21 ff; 43

wird auch keine "zivilrechtliche Abschreckungswirkung" von dem Verbotsgesetz ausgehen. Der Zweck des betreffenden Gesetzes wird daher eher erreicht, wenn infolge des Verstoßes (auch) nachteilige zivilrechtliche Folgen auftreten ¹⁾. Als derartige Konsequenz kommt infrage, daß derjenige, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, letzten Endes für seine schon erbrachte Leistung keine Gegenleistung erhält, wirtschaftlich gesehen also einen Verlust erleidet. Wenn ein finanzieller Verlust bei einem Gesetzesverstoß droht, wird allgemein die Neigung zum Abschluß und zur Durchführung von gesetzeswidrigen Verträgen sinken (Generalprävention). Der einzelne, der bereits einmal seine Leistung verloren hat, wird nunmehr vorsichtiger sein (Spezialprävention). Solche Wirkungen lassen sich - abgesehen von Schadensersatzregelungen - durch die Anwendung des § 817 S. 2 erreichen.

Sofern das verbotswidrige Rechtsgeschäft doch zivilrechtlich zustande gekommen ist, kann mit rechtlichen Mitteln - jedenfalls solange die verbotene Leistung noch nicht erbracht ist - der unerwünschte Erfolg dadurch verhindert werden, daß die Erbringung der gesetzeswidrigen Leistung nicht verlangt werden kann (sog. Naturalobligation).

I. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz eines Vertragspartners bezwecken

Als Ausgangsbeispiel soll ein Fall dienen, in dem ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, das einen Personenkreis schützt, zu dem einer der Vertragspartner gehörte. Es handelt sich um den Art. 1 § 1 RBeratG, der die Rechtssuchenden vor den Gefahren einer unzureichenden und nicht sachgemäßen Betreuung schützen will ²⁾. Um festzustellen,

1) Vgl. auch BGH WPM 1973, 1024, 1026 für den Verstoß gegen die §§ 35, 210, 211 AVAVG

2) Vgl. BGHZ 37, 258, 261 sowie oben S. 24 f

ob dieser Zweck eher bei Nichtigkeit des betreffenden Vertrages als bei seiner Wirksamkeit erreicht wird, ist es notwendig, die möglicherweise unterschiedlichen Rechtsfolgen zu untersuchen, die sich einerseits bei Wirksamkeit, andererseits bei Nichtigkeit des Vertrages ergeben.

a) Ansprüche des verbotswidrig Handelnden

1. Zunächst sei auf die Rechtsfolgen eingegangen, wenn man einmal unterstellt, der Verstoß mache den Vertrag nicht nichtig, sondern belasse es bei dessen Wirksamkeit. Auf den ersten Blick ergibt sich der Anspruch des Beraters gegen den Rechtssuchenden auf Zahlung der vereinbarten Vergütung anscheinend ohne weiteres aus dem wirksamen Vertrag. Zweifel an einem solchen Anspruch auf Zahlung der Vergütung ergeben sich jedoch daraus, daß der Berater gegen Art. 1 § 1 RBERatG verstoßen, d. h. gesetzeswidrig gehandelt hat. Aus diesem Grunde könnte nämlich der Rechtssuchende seine Leistung gemäß § 817 S. 1 zurückfordern, sobald der Berater das Geld empfangen hat. Insoweit könnte sogar dahingestellt bleiben, ob der zugrunde liegende Vertrag wirksam ist. Denn nach h. M. ist § 817 auch bei wirksamem Rechtsgrundgeschäft anwendbar.¹⁾ Andererseits würde der Berater aber gegen Treu und Glauben (vgl. § 242) verstoßen, wenn er Zahlung verlangen würde, obwohl er das Geld nach Empfang sofort wieder zurückzahlen müßte (*dolo facit qui petit quod statim redditurus est*). Dem Rechtssuchenden würde also gegenüber dem Anspruch des Beraters auf die vereinbarte Vergütung von vornherein ein rechtsvernichtender Einwand zustehen²⁾.

1) Vgl. RGZ 96, 343 f; Erman-H.P.Westermann, § 817, 2; Palandt-Thomas, § 817, 1 a, 2 b cc; RGRK-Scheffler, § 817, 5; Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 1

2) So allgemein für Fälle der sofortigen Zurückgabe: BGHZ 56, 22, 25; Palandt-Heinrichs, § 242, 4 C c; für den vorliegenden Fall auch Rost, S. 27 f, der diese Lösung allerdings für unbefriedigend hält, ohne Gründe für seine Bedenken anzugeben. Die Bedenken mögen daher rühren, daß die o.g. Konstruktion im Rahmen des § 817 ungewohnt ist. So weist auch Rost, S. 31 f darauf hin, daß diese Frage in der Rechtsprechung bisher nicht erörtert wurde.

Voraussetzung für die Anwendung des § 817 S. 1 ist jedoch, daß der Berater durch die Annahme des Geldes gegen Art. 1 § 1 RBeratG verstoßen hat. Der Gesetzesverstoß muß gerade in der Annahme der Leistung liegen ¹⁾. Entscheidend ist, daß sich aus dem Zweck des Gesetzes ein Verbot der Annahme der Leistung ergibt. Nicht von § 817 S. 1 sollen die Fälle erfaßt werden, in denen sich das gesetzliche Verbot lediglich gegen Form oder Gegenstand des konkreten Rechtsgeschäftes richtet oder dessen Abschluß nur unter besonderen Umständen verhindern will ²⁾. Hier tauchen also praktisch die gleichen unsicheren Abgrenzungskriterien auf wie bei § 134 und führen daher zu denselben Problemen wie bei der Vorfrage, ob der Gesetzesverstoß die Nichtigkeit nach sich zieht ³⁾. Sicherlich ist § 817 S. 1 anwendbar, wenn die Annahme der Leistung wie in § 331 StGB und § 259 StGB ausdrücklich verboten ist ⁴⁾. In Fällen wie dem vorliegenden ist eine einwandfreie Antwort auf die Frage, ob der Berater gerade durch die Annahme des Geldes gegen Art. 1 § 1 RBeratG verstoßen hat, jedoch schon nicht mehr möglich. Das Verbot des Art. 1 § 1 RBeratG bezieht sich nur auf die Rechtsberatung als solche nicht jedoch auf das Annehmen des Geldes. Auch ein Hinweis auf den Zweck des § 817 S. 1 hilft nicht weiter. Denn der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung ⁵⁾ lassen keinen Schluß darauf zu, wann gerade die Annahme der Vergütung verboten ist. Der Zweck erklärt nur, warum bei verbotswidriger Annahme eine Restitutionspflicht besteht.

1) Palandt-Thomas, § 817, 2 a; RGRK-Scheffler, § 817, 9; Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 13

2) Vgl. Esser SBT, § 103 III 3

3) Vgl. auch zur ähnlichen Problematik beim Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2: Knöpfle NJW 1967, 698

4) Rost, S. 30

5) Vgl. Mot. II, S. 849, Esser SBT, § 103 III 1.

Entscheidend bleibt daher, ob der Zweck des Verbotsgesetzes ein Verbot der Annahme ergibt. Für den vorliegenden Fall soll die Beantwortung der Frage jedoch dahingestellt bleiben, da eine abschließende Entscheidung im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht notwendig ist, wie später noch zu zeigen sein wird ¹⁾.

Zusätzliche Voraussetzung des Anspruches aus § 817 S. 1 ist, daß der Berater im Zeitpunkt des Leistungsempfanges von dem Gesetzesverstoß gewußt hat ²⁾. Diese positive Kenntnis wird man bei einem Betriebs- oder Wirtschaftsberater regelmäßig annehmen können, zumal die Mitglieder einer Berufsgruppe durch die Verbände, Innungen, Handwerkskammer und sonstigen berufsständischen Interessenvertretungen über alle sie betreffenden Gesetze oder Änderungen bestehender Gesetze informiert werden.

Ist demnach § 817 S. 1 grundsätzlich anwendbar, dann ergibt sich - wie dargelegt - gemäß § 242 der dolo-petit...-Einwand schon gegen den schuldrechtlichen Vergütungsanspruch des Beraters.

Gegen einen solchen Ausschluß des Erfüllungsanspruches des Beraters bei wirksamem Vertrag (§§ 817 S. 1, 242) könnten sich aber Bedenken aus § 817 S. 2 herleiten. Geht man nämlich davon aus, daß der Rechtsuchende mit seiner Zahlung gegen Art. 1 § 1 RBeratG verstößt, so könnte der Berater die Zahlung trotz § 817 S. 1 verlangen. Denn in diesem Fall wären für den Vertragspartner die Voraussetzungen des § 817 S. 2 gegeben, so daß er nicht mehr seine Leistung gemäß § 817 S. 1 zurückverlangen könnte. Damit würde auch der Einwand der Arglist entfallen. Der Rechtsuchende müßte daher

1) Vgl. unten S. 87

2) Vgl. oben S. 41 Fn. 2) zur Kenntnis des Gesetzesverstoßes bei § 817 S. 2

letzten Endes doch die Vergütung bezahlen. Soweit er sich des Gesetzesverstoßes nicht bewußt ist, und damit § 817 S. 2 an sich nicht erfüllt wäre, könnte der Berater die Erfüllung dadurch erzwingen, daß er seinen Vertragspartner von dessen Gesetzesverstoß informiert. Daß dies nicht rech- tens sein kann, liegt auf der Hand.

Allerdings setzt die Einwendung gemäß § 817 S. 2 auf seiten des Rechtsuchenden voraus, daß dieser mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Hieran ergeben sich Bedenken, da das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz gerade den Rechtsuchenden schützen soll. Es ist daher nicht ohne wei- teres einzusehen, warum der Rechtsuchende mit seiner Zahlung gegen eben dieses Gesetz verstoßen soll, zumal sich das Ver- bot des Art. 1 § 1 RBeratG nur gegen den Berater richtet ¹⁾. Gleichwohl geht die Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum zumindest für den Fall des sittenwidrigen Wucherdarlehens offensichtlich davon aus, daß der Bewucherte, dessen Schutz durch das Verbot des § 138 Abs. 2 bezweckt wird, mit der Zahlung der überhöhten Zinsen gegen die guten Sitten ver- stoßen hat. Denn nur in diesem Fall ist für die Anwendung des § 817 S. 2 die von der Rechtsprechung erörterte Frage relevant, ob der Bewucherte vorsätzlich sittenwidrig ge- handelt hat ²⁾.

Abgesehen von den sprachlichen Bedenken, die sich gegen eine solche Handhabung des § 817 S. 2 ergeben, folgt auch aus

-
- 1) So auch Rost, S. 176 ff zum grundsätzlichen Problem des Gesetzesverstoßes desjenigen, dessen Schutz bezweckt ist. Ähnlich bereits Boehmer, Grundlagen I, S. 55, sofern die Nichtigkeit auf einer strafbaren Handlung nur einer Par- tei gegenüber der anderen beruht.
 - 2) Vgl. BGH LM Nr. 12 zu § 817; Palandt-Thomas, § 817, 3 c bb; ähnlicher Auffassung scheint allgemein für Gesetzesverstöße zu sein Fabricius, JZ 1963, 85 ff; vgl. hierzu ablehnend Rost, S. 176 ff.

Sinn und Zweck des § 817 S. 2., daß diese Vorschrift in Fällen der Erbringung der Leistung durch den vom Verbots- gesetz Geschützten nicht anwendbar ist. Zwar besteht Unklar- hiet über die ratio des § 817 S. 2¹⁾, aber unabhängig da- von, welche Auffassung man zugrunde legt, ist davon aus- zugehen, daß derjenige, der gerade durch das gesetzliche Verbot geschützt werden soll, nicht gegen dieses Gesetz verstößt. Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß § 817 S. 2 eine Strafvorschrift sei²⁾. Es solle die ver- werfliche Gesinnung des Leistenden getroffen werden. All- gemein haben Strafen den Sinn, nicht eigene Rechtsgüter, sondern die Rechtsgüter anderer zu schützen³⁾. Wendet man daher § 817 S. 2 auf den geschützten Leistenden an, so wird er dafür bestraft, daß er eigene Interessen außer acht läßt. Ein sachlicher Grund für eine solche Abweichung im Rahmen des § 817 S. 2 von der bisher üblichen Praxis des Gesetzgebers, nur die Verletzung fremder Rechtsgüter zu pönalisieren, ist nicht ersichtlich.

Die Lehre von der Rechtsschutzverweigerung⁴⁾ geht davon aus, daß derjenige, der auf einen verbotenen oder sitten- widrigen Vertrag leistet, des Schutzes der staatlichen Ge- richte verlustig gehen soll. Grundsätzlich hat jedermann Anspruch auf Rechtsschutz⁵⁾. Eine Abweichung von diesem Grundsatz läßt sich u. U. noch für den verbotswidrig Lei- stenden vertreten⁶⁾.

-
- 1) Vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder ver- botener Geschäfte, S. 58 ff.
 - 2) Vgl. RGZ 99, 161, 167; 105, 270; 161, 52, 58; BGH JZ 1951, 716, 718; BGHZ 39, 87, 91;
 - 3) Vgl. Lackner, § 46, 1
 - 4) RGZ 99, 167; 151, 70, 72; BGHZ 9, 333, 336; 28, 164, 169; 35, 103, 107; 36, 395, 399; 44, 6; Soergel-Siebert- Mühl, § 817, 5; Staudinger-Seufert, § 817, 11
 - 5) Vgl. etwa BVerfG BB 1975, 1561; ebenso die überwiegende Meinung im Schrifttum, die jedoch diesen Anspruch "Ju- stizanspruch" (so Rosenberg-Schwab, § 3 I) oder "Justiz- gewährungsanspruch" (so Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 36 I 1.) nennt). Vgl. zur ähnlichen Problematik bei § 134 OLG Hamburg MDR 1973, 941 (oben S. 53 Fn. 2)
 - 6) Ablehnend OLG Hamburg a.a.O.

Warum aber der Vertragspartner, dessen Schutz das Verbotsgesetz bezweckt, keinen Rechtschutz für die Rückforderung seiner bereits erbrachten Leistung erhalten soll, ist nicht ersichtlich.

Die sogenannte Gleichgewichtsidee¹⁾, die auf dem römisch-rechtlichen Satz: *in pari turpitudine melior est condicio possidentis* beruht, sieht den Sinn des § 817 S. 2 nicht in einer Bestrafung, sondern darin, daß die jeweiligen Besitzverhältnisse nicht verändert werden sollen, wenn kein Schutzgrund zugunsten des Fordernden vorliegt. Ein solcher Schutzgrund läßt sich jedoch ohne weiteres für den Vertragspartner annehmen, dessen Schutz das Verbotsgesetz bezweckt. Auch unter Zugrundelegung der Gleichgewichtsidee ergibt sich daher, daß der durch das Verbotsgesetz geschützte Vertragspartner nicht im Sinne des § 817 S. 2 gegen ein gesetzliches Verbot **v e r s t ö ß t**.

Hat also der Berater des Rechtssuchenden seine Leistung bereits erbracht, so kommt es bei einem wirksamen Vertrag wie hier allein darauf an, ob der Empfänger gemäß § 817 S. 1 durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat und ob er dies wußte. Nur wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, besteht ein Rückforderungsanspruch gemäß § 817 S. 1. Hat aber der Leistende gleichfalls bewußt gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, so ist sein Anspruch gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen. Da im vorliegenden Fall nach richtiger Ansicht²⁾ kein Gesetzesverstoß des Rechtssuchenden vorliegt, darüber hinaus ihm normalerweise das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz auch unbekannt sein dürfte, scheidet bereits aus diesem Grund ein Wertersatz für die Tätigkeit

1) Vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 63

2) Vgl. oben S. 77 ff

des Beraters aus. Aber selbst wenn man einen Anspruch gemäß § 817 S. 1 für gegeben hält, wird dieser doch gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sein. Denn der Berater hat in jedem Fall gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und wird dies in aller Regel auch gewußt haben¹⁾. Ein Anspruch auf Wertersatz gemäß den §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 für die erbrachte Beratertätigkeit dürfte somit bei wirksamem Vertrag praktisch immer ausgeschlossen sein.

2. Es soll nunmehr auf die Alternative eingegangen werden, nämlich die Annahme, daß der Beratervertrag wegen des Gesetzesverstosses nach § 134 nichtig sei. In diesem Falle ergeben sich die nachstehenden Rechtsfolgen: Ein vertraglicher Zahlungsanspruch scheidet hier bereits deshalb aus, weil der Vertrag nichtig ist. Im Unterschied zum wirksamen Vertrag kommt es hierbei nicht darauf an, ob der Berater durch den Empfang der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und davon auch weiß.

Geht man davon aus, daß der Vertrag nichtig ist, so könnte ein Anspruch des Beraters auf Rückerstattung seiner etwa schon erbrachten Leistung gemäß §§ 683, 670 in Frage kommen. Voraussetzung ist u. a., daß der Berater seine Aufwendungen "den Umständen nach für erforderlich halten" durfte. Dies läßt sich bei Aufwendungen, die aus einer vom Gesetz verbotenen Tätigkeit entstanden sind, nicht bejahen²⁾. Ein Anspruch des Beraters gegen den Rechtsuchenden aus Geschäftsführung ohne Auftrag entfällt daher.

Weiterhin ist an einen Rückforderungsanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 zu denken. Dieser

1) Vgl. oben S. 76

2) Vgl. BGHZ 37, 258, 263, 264

Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Rechtsuchende durch die Annahme der Leistung gegen das gesetzliche Verbot verstoßen hat und dies wußte. Anderer Ansicht sind allerdings Heck ¹⁾ und Esser ²⁾, die § 817 S. 1 als lex specialis ansehen, die § 812 von vornherein ausschließt. Allerdings lehnt Heck im Gegensatz zur h. M. ³⁾ auch eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auf § 812 ab. Er vermeidet daher ebenso wie die h. M. eine Aushöhlung des § 817 S. 2. Denn verneint man wie Heck eine Erstreckung des § 817 S. 2 auf § 812, so könnte ohne die Qualifizierung des § 817 S. 1 als lex specialis die Leistung ungehindert durch § 817 S. 2 nach § 812 zurückgefordert werden ⁴⁾. Mit der h. M. ⁵⁾ ist also davon auszugehen, daß die §§ 812 und 817 S. 1 nebeneinander angewendet werden können (Anspruchsgrundlagenhäufung).

Ausgeschlossen sein kann der Anspruch jedoch gemäß § 814, wenn der Berater die Rechtslage, d.h. die Nichtigkeit positiv kannte ⁶⁾. Da nicht jeder Gesetzesverstoß nach h. M. zur Nichtigkeit führt, wird man eine solche Kenntnis nicht ohne weiteres annehmen können. Läßt sie sich bejahen, so ist der Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 gemäß § 814 ausgeschlossen.

Ist dies nicht der Fall, so kann dem Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 die Regelung in § 817 S. 2 entgegenstehen, der - wie bereits erwähnt - nach h. M. ⁷⁾

1) AcP 124, 1 ff

2) SBT, § 103 III 2

3) Vgl. Fn. 7

4) Vgl. hierzu Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 36

5) Vgl. Reeb, S. 64; Soergel-Siebert-Mühl, § 812, 2; Staudinger-Seufert, § 817, 1 b

6) Vgl. Palandt-Thomas, § 814, 2 a

7) RGZ 151, 70, 72; BGHZ 35, 103, 107; 36, 395, 399; 50, 90, 91; BAG BB 1963, 348; Erman-H. P. Westermann § 817, 11; Palandt-Thomas, § 817, 1 a; Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 6

auf alle Bereicherungsansprüche anwendbar ist. Auch wenn also nur der Berater gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und er dies weiß, ist sein Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen.

Schließlich bleibt noch der Anspruch aus § 817 S. 1 (§ 814 gilt gegenüber diesem Anspruch nicht ¹⁾). Dieser setzt allerdings voraus, daß der Empfänger die Leistung unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot angenommen hat, wobei er sich dessen bewußt war. Diese Voraussetzungen sind jedoch für den Rechtsuchenden nicht zu bejahen ²⁾.

Unabhängig hiervon ist auch hier der etwaige aus § 817 S. 1 herzuleitende Anspruch gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen, wenn der Leistende ebenfalls bewußt gegen das gesetzliche Verbot verstoßen hat. Dies wird in Fällen der vorliegenden Art wohl meist bejaht werden können ³⁾.

Der Berater erhält also im Ergebnis wiederum kein Entgelt für seine Tätigkeit.

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen:

Bei wirksamem Vertrag, wenn also der Gesetzesverstoß nicht zur Nichtigkeit gemäß § 134 führt, kann der Erfüllungsanspruch des Beraters entfallen. Die Voraussetzungen hierfür (§§ 817 S. 1, 242 dolo facit qui petit...) wurden bereits dargestellt ⁴⁾. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist praktisch der Regelfall. Aber immerhin ist es denkbar,

1) Vgl. BGH LM § 762, 1; Palandt-Thomas, § 817, 1 a

2) Vgl. oben S. 77 ff

3) Vgl. oben S. 76, 80

4) Vgl. oben S. 74 ff

daß die Voraussetzungen des § 817 S. 1 nicht erfüllt sind, wenn nämlich der Berater von dem Gesetzesverstoß, der in dem Empfang der Leistung liegt, nichts weiß.

Bei nichtigem Vertrag versteht sich das Nichtentstehen eines Erfüllungsanspruchs von selbst.

Hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs besteht also für den Regelfall kein Unterschied zwischen wirksamem und nichtigem Vertrag. Da beim wirksamen Vertrag jedoch die Erfüllung nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen ist, steht der Berater allgemein bei Nichtigkeit des Vertrages schlechter. Denn in diesem Fall ist der Erfüllungsanspruch ausnahmslos ausgeschlossen und zwar unabhängig von rechtlichen Bewertungen und der subjektiven Voraussetzung der Kenntnis des Gesetzesverstoßes.

Eine Rückforderung der Leistung des Beraters ist bei wirksamem Vertrag nur möglich, wenn auf seiten des Rechtsuchenden die Voraussetzungen des § 817 S. 1 erfüllt sind. Dies ist allerdings für das vorliegende Beispiel abzulehnen¹⁾. Bei unwirksamem Vertrag ist der Berater dagegen nicht auf § 817 S. 1 beschränkt. Vielmehr kann er unter den ohne weiteres gegebenen Voraussetzungen der §§ 812 Abs: 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 seine Leistung zurückfordern. Bei nichtigem Vertrag steht er also insofern besser. Allerdings dürfte sich dieser Vorteil in der Praxis kaum auswirken, da der Rückforderungsanspruch des Maklers regelmäßig an § 817 S. 2 scheitern dürfte.

1) Vgl. oben S. 79

b) Ansprüche des geschützten Vertragspartners

1. Es sei nunmehr auf die Ansprüche des Rechtsuchenden eingegangen, wobei zunächst unterstellt wird, daß der Gesetzesverstoß den Vertrag nicht nichtig macht, sondern es bei dessen Wirksamkeit beläßt.

Der Anspruch auf Erfüllung ergibt sich hier ohne weiteres aus dem wirksamen Vertrag. Diesem Anspruch steht auch nicht der Arglisteinwand gemäß §§ 817 S. 1, 242 (dolo facit ...) ¹⁾ entgegen, da der Rechtsuchende mit der Annahme der Leistung nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt ²⁾. Zu einem anderen Ergebnis käme nur die abzulehnende ³⁾ Auffassung, die trotz wirksamen Vertrags einen Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung verneint ⁴⁾. Da der Berater, wenn er seine Leistung erbringt, gegen Art. 1 § 1 RBERatG verstoßen würde, kann er nach dieser Meinung zu einer solchen Erfüllung nicht verpflichtet sein. Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Rechtsuchende seine bereits erbrachte Leistung zurückfordern kann. Ein Rückforderungsanspruch könnte hier gemäß § 817 S. 1 in Frage kommen. Ob der Berater mit dem Empfang des Geldes gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat, mag - wie bereits erwähnt ⁵⁾ - dahingestellt bleiben. Zusätzliche Voraussetzung für einen solchen Rückforderungsanspruch ist darüber hinaus, daß sich der Berater bei Empfang des Geldes des Gesetzesverstoßes bewußt war. Eine solche Kenntnis wird regelmäßig anzunehmen sein ⁶⁾. Der Anspruch kann allerdings ausgeschlossen sein, wenn der Rechtsuchende mit der Zahlung ebenfalls gegen Art. 1 § 1 RBERatG verstieß. Wie bereits erwähnt ⁷⁾, bestehen Bedenken, dies im vorliegen-

1) Vgl. oben S. 76

2) Vgl. oben S. 77 ff

3) Vgl. oben S. 53 ff

4) Vgl. oben S. 52 f

5) Vgl. oben S. 76

6) Vgl. oben S. 76

7) Vgl. oben S. 77 ff

den Fall anzunehmen, da das Gesetz den Schutz des Recht-suchenden bezweckt. Wenn man trotzdem von einem solchen Verstoß ausgeht, ist jedoch zusätzlich Kenntnis hiervon notwendig. Eine solche Kenntnis wird in der Praxis selten gegeben sein¹⁾.

2. Es bleibt die Alternative zu untersuchen, daß der Beratervertrag wegen des Gesetzesverstoßes nach § 134 nichtig ist.

Ein Anspruch auf Erbringung der vereinbarten Leistung besteht nicht, weil der Vertrag nichtig ist.

Da das Grundgeschäft nichtig ist, besteht ein Anspruch auf Rückerstattung der erbrachten Leistung aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2. Dieser Anspruch kann gemäß § 814 ausgeschlossen sein. Die erforderliche Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags wird jedoch beim Rechtsuchenden noch seltener vorliegen als beim Berater²⁾.

Die Durchsetzung dieses Anspruchs kann jedoch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 817 S. 2 gehindert sein. Diese wurden jedoch bereits verneint³⁾, so daß der Bereicherungsanspruch nicht ausgeschlossen ist. Gleiches gilt auch für einen etwaigen Anspruch nach § 817 S. 1.

Hinsichtlich der Rückforderungsansprüche des Rechtsuchenden ergibt sich - soweit nicht § 817 S. 2 anwendbar ist - somit ein Unterschied zwischen wirksamem und nichtigem Vertrag insofern, als beim wirksamen Vertrag die Rückforderung der erbrachten Leistung gemäß § 817 S. 1 davon abhängt, ob dem Berater sein gesetzeswidriger Leistungsempfang be-

1) Vgl. oben S. 79

2) Vgl. oben S. 81

3) Vgl. oben S. 77 ff

wußt war. Insoweit steht auch der Rechtsuchende bei nichtigem Vertrag besser.

- c) Wird der Zweck des Verbotsgesetzes eher bei Nichtigkeit des Vertrages erreicht?

Nach dieser Untersuchung der Rechtsfolgen, die sich bei unterstellter Wirksamkeit oder Nichtigkeit eines gegen Art. 1 § 1 RBeratG verstoßenden Vertrages ergeben, läßt sich nunmehr fundiert die Frage beantworten, ob der Zweck des Verbotsgesetzes bei Nichtigkeit des Vertrages eher erreicht wird.

1. Die vorhergehende Untersuchung hat gezeigt, daß sowohl hinsichtlich des Erfüllungs- als auch des Rückforderungsanspruches des Beraters die Rechtsfolgen bei wirksamem und nichtigem Vertrag in der Regel gleich sind. Das trifft allerdings nur unter der Voraussetzung zu, daß der Berater durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und er hiervon weiß¹⁾. Da der Berater hier trotz nichtigen Vertrages nicht etwa schlechter steht als bei wirksamem Vertrag, hat der nichtige Vertrag gegenüber dem wirksamen Rechtsgeschäft im vorliegenden Beispiel keine Abschreckungswirkung.

Anders ist die Rechtslage zwar, wenn der Berater nichts von dem Gesetzesverstoß weiß, aber wirtschaftlich steht er bei nichtigem Vertrag - abgesehen von § 818 Abs. 3 - nicht schlechter als bei wirksamem Rechtsgeschäft. Bei letzterem behält er seinen Erfüllungsanspruch, während er bei Nichtigkeit durch § 817 S. 2 ungehindert seine Leistung zurückfordern kann²⁾. Hiervon abgesehen kommt in diesem

1) Vgl. oben S. 82 f

2) Vgl. oben S. 83.

Fall ohnehin keine Präventivwirkung in Betracht. Denn abgeschreckt werden kann nur jemand, der überhaupt weiß, daß er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Zu einer Schlechterstellung ausschließlich bei nichtigem Vertrag gelangt man allerdings trotz Kenntnis des Gesetzesverstosses, wenn man davon ausgeht, daß der Zweck einer Leistung nicht in der Art bestimmt war, daß der Empfänger (im besprochenen Fall der Berater) durch die Annahme der Leistung (des Entgeltes) gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 817 S. 1)¹⁾.

Somit ergibt sich zwar im vorliegenden Fall eine zivilrechtliche Sanktion, aber diese ist unabhängig von der Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes.

2. Hiernach könnte der Anschein entstehen, als sei die Nichtigkeit des Vertrages für die Zweckerreichung des Verbotsgesetzes unerheblich. Wichtiger als die Präventivwirkung ist jedoch, daß der vom Gesetz unerwünschte Erfolg nicht durch die Geltendmachung des Erfüllungsanspruches eintritt²⁾. Wenn es nämlich doch zum Abschluß des Vertrages gekommen ist, kann mit Hilfe der Nichtigkeit schlechthin verhindert werden, daß Erfüllungsansprüche entstehen, deren Durchsetzung schließlich zu dem vom Gesetzgeber unerwünschten Ergebnis führen würde. Bei wirksamem Vertrag hat der Rechtsuchende nämlich einen Erfüllungsanspruch nur dann nicht, wenn man überhaupt von einem Gesetzesverstoß bei Annahme der Leistung ausgeht und der Rechtsuchende von dem Gesetzesverstoß weiß³⁾. Außerdem darf die Rückforderung der Leistung durch den Berater nicht gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sein⁴⁾. Ist das Rechtsgeschäft wirksam, so hängt der Erfüllungsanspruch also u. U. von der oft zufälligen

1) Vgl. oben S. 82 f

2) Vgl. auch BGHZ 37, 258, 262: "Das Gesetz kann nämlich seinen Zweck, eine unsachgemäße Beratung und Vertretung der Rechtsuchenden zu verhindern, nur erreichen, wenn der Erfüllungsanspruch des Auftraggebers vernichtet wird."

3) Vgl. oben S. 79, 84

4) Vgl. oben S. 76 f

Kenntnis des Verbotsgesetzes ab oder von der unsicheren Auslegung, daß in der Annahme der Leistung ein Gesetzesverstoß liegt. Bei Nichtigkeit des Vertrags ist jedoch in jedem Fall gewährleistet, daß kein Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung besteht.

Soweit der geschützte Rechtsuchende eine Leistung schon erbracht hat, kann er sie ungehindert durch § 817 S. 2 und leichter (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1) als bei wirksamem Vertrag (§ 817 S. 1) zurückfordern. Der Zweck des Art. 1 § 1 RBeratG - nämlich Schutz des Rechtsuchenden vor unsachgemäßer Rechtsberatung - wird also am ehesten erreicht, wenn der Rechtsberatungsvertrag nichtig ist.

d) Allgemeine Folgerungen aus der Untersuchung des Beispiels

Es drängt sich nunmehr die Frage auf, ob das Ergebnis der Untersuchung des Falles eines Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBeratG¹⁾ sich für alle die Fälle verallgemeinern läßt, in denen ein Vertrag unter Verstoß gegen ein Verbotsgesetz geschlossen wird, das den Schutz bestimmter Personenkreise bezweckt, zu denen einer der Vertragspartner gehört. Dies wird man bejahen müssen. Denn bei wirksamem Vertrag kann zwar ganz allgemein, d.h. bei jedem Rechtsgeschäft, der Erfüllungsanspruch kraft der Regelung in den §§ 817 S. 1, 242 sowie der Bereicherungsanspruch aus § 817 S. 1 gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sein. Bei nichtigem Vertrag entfällt der Erfüllungsanspruch aber stets, während Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 oder § 817 S. 1 sind, die gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sein können. Außerdem ist allen hier besprochenen Fällen gemeinsam, daß der geschützte

1) Vgl. dazu BGHZ 37, 258

Vertragspartner nicht gegen das seinen Schutz bezweckende Verbotsgesetz im Sinne des § 817 S. 2 verstoßen kann¹⁾.

Unterschiede zwischen den einzelnen Verbotsgesetzen können sich allerdings ergeben, wenn der Zweck der Leistung des geschützten Vertragspartners nicht in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger (der andere Vertragsteil) durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 817 S. 1). Bei Nichtvorliegen der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 817 S. 1 auf seiten des Empfängers kann dieser seinen Erfüllungsanspruch durchsetzen, da der Einwand der Arglist entfällt.

II. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz von Personen bezwecken, die nicht am Vertrag beteiligt sind

Es soll im folgenden auf eine weitere Art von Verbots-
gesetzen eingegangen werden, nämlich solche, deren Zweck
dahingeht, nicht die Interessen eines Vertragspartners,
sondern am Vertrag Unbeteiligte zu schützen. Beispiele
hierfür bilden etwa § 3 des Gesetzes über den Ladenschluß
vom 28. November 1956 (BGBl. I S. 875) in der Fassung vom
14. November 1960 (BGBl. I S. 845): Die Einhaltung der
Arbeitszeitbestimmungen für das Verkaufspersonal soll
sichergestellt werden; Verkaufsstellen ohne Personal sol-
len keinen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den Betrieben ha-
ben, die Personal beschäftigen²⁾; oder das Verbot, die Po-
lizeistunde zu überschreiten: Schutz der Nachbarn³⁾. Auch
kann eine Untersuchung der Rechtsfolgen, die sich bei

1) Vgl. oben S. 77 ff

2) Vgl. BVerwG DVBl 1968, 154

3) Vgl. unten S. 109 f

Annahme von Wirksamkeit oder Nichtigkeit des gegen das Verbot verstößenden Rechtsgeschäfts ergeben, zur Klärung führen.

Die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts, das gegen ein Verbotsgesetz verstößt, das nicht einen der Vertragspartner, sondern andere Personen schützen will, ergeben sich aus den gleichen gesetzlichen Vorschriften, wie sie bereits dargestellt wurden¹⁾. Ein Unterschied ergibt sich jedoch insofern, als nunmehr ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz auch durch denjenigen in Frage kommt, gegen den sich das Verbot nicht unmittelbar richtet. So richtet sich z.B. das Ladenschlußgesetz gegen den Verkäufer nicht jedoch gegen den Käufer, der andererseits aber auch nicht durch das Gesetz geschützt werden soll. Im Gegensatz hierzu stehen die Verbote, die den Schutz eines Vertragspartners bezwecken²⁾.

a) Erfüllungsansprüche

Wie bereits festgestellt wurde³⁾, kann trotz wirksamen Vertrages keine Leistung verlangen, wer mit ihrer Annahme die Voraussetzungen des § 817 S. 1 erfüllen würde und daher das Empfangene sogleich wieder herausgeben müßte.

Ohne jetzt im einzelnen zu untersuchen, wann der Empfänger gerade durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt⁴⁾, ergibt sich für die hier behandelte Fallgruppe folgendes (die erforderliche Verbotskenntnis bei dem Empfänger der Leistung vorausgesetzt):

1) Vgl. oben S. 88 f

2) Vgl. oben S. 73 ff

3) Vgl. oben S. 74 ff

4) Das läßt sich allgemein nicht feststellen, sondern hängt vom Schutzzweck des Verbotsgesetzes ab. Vgl. oben S. 75

Da auch der Vertragspartner, gegen den sich das Verbot nicht unmittelbar richtet, nicht durch die Verbotsvorschrift geschützt werden soll, kann auch er grundsätzlich durch den Empfang der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 817 S. 1). In diesem Fall kann an sich keiner der Beteiligten - nach Ladenschluß also weder der Käufer noch Verkäufer - Erfüllung verlangen. Andererseits würden beide mit ihrer Leistung ebenfalls gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, so daß die in § 817 S. 1 vorgesehene Rückforderbarkeit gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen wäre. Der Einwand der Arglist (*dolo petit ...*) wäre hier also nicht gerechtfertigt¹⁾. Daraus ergibt sich: Wenn beide Vertragspartner durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, kann im Falle eines wirksamen Vertrages jeder bei entsprechender Kenntnis Erfüllung vom anderen verlangen.

Im Ergebnis gleich ist die Situation, wenn nur für eine Partei die Voraussetzungen des § 817 S. 1 gegeben sind. Haben z.B. A und B einen verbotenen Vertrag geschlossen, wobei nur A durch die Annahme der Leistung gegen das Verbot verstoßen würde, so kann A seinen Anspruch gegen B durchsetzen, da B mit seiner Leistung gegen dieses Verbotsgesetz verstoßen würde. Eine Rückforderung wäre gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen. Da für B § 817 S. 1 nicht gegeben ist, kann er ohnehin Erfüllung von A verlangen.

Anders ist die Rechtslage wiederum, wenn eine Partei nichts von dem Gesetzesverstoß weiß. Liegen sowohl für A als auch für B die Voraussetzungen des § 817 S. 1 vor, aber fehlt B die erforderliche Kenntnis, so hat A gegen B keinen Erfüllungsanspruch. B kann nämlich die Erbringung seiner Leistung verweigern. Seinem Bereicherungsanspruch gemäß § 817 S. 1 steht § 817 S. 2 nicht entgegen. Dagegen kann B von A Erfüllung verlangen, da der Rückforderungsan-

1) Vgl. oben S. 76 f

spruch des A gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen ist. Umgekehrt ergibt sich das gleiche, wenn A die Verbotswidrigkeit nicht bewußt ist. Wissen sowohl A als auch B nichts von dem gesetzlichen Verbot, so ist weder § 817 S. 1 noch § 817 S. 2 anwendbar, so daß die beiderseitigen Erfüllungsansprüche bestehen bleiben.

Bereits diese Skizze der verschiedenen Rechtsfolgen beim wirksamen Vertrag zeigt, daß der Zweck von Verbotsgesetzen, die keinen Vertragspartner schützen sollen, ebenfalls am ehesten bei Nichtigkeit erreicht wird. Denn nur hier ist in jedem Fall sichergestellt, daß kein Anspruch auf Erbringung der vom Gesetz unerwünschten Leistung besteht.

b) Rückforderungsansprüche

Als Besonderheit gegenüber der Fallgruppe, in der das Verbotsgesetz einen Vertragspartner schützen soll¹⁾, ergibt sich hier, daß beide Vertragspartner gegen das gesetzliche Verbot verstoßen - bei Abschluß eines Kaufvertrages nach Ladenschluß also sowohl Verkäufer als auch Käufer - und daher auch beide das sich aus § 817 S. 2 ergebende Vorleistungsrisiko tragen. Diese Gefahr besteht jedoch in der Regel nur bei nichtigem Vertrag. Wenn dieser wirksam ist, hat der Vorleistende auch einen Anspruch auf die Gegenleistung, jedenfalls wenn die Rückforderung des Leistenden gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen ist.

c) Ergebnis

Bei Verstößen gegen Verbote, die keinen der beteiligten

1) Vgl. oben S. 73 ff

Vertragspartner schützen sollen, ergibt sich eindeutiger als bei der zuvor untersuchten Fallgruppe, daß bei Nichtigkeit die Parteien schlechter gestellt sind. Dies beruht darauf, daß dann die Durchführung des unerwünschten Rechtsgeschäftes nicht verlangt werden kann. Bei Nichtigkeit ergibt sich aus § 817 S. 2 eine Abschreckungswirkung. Auch bei Verboten, die nicht einen der Vertragspartner, sondern einen Dritten oder eine andere Personengruppe schützen sollen, wird also der Zweck eines gesetzlichen Verbotes am ehesten bei Nichtigkeit erreicht.

III. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz der öffentlichen Ordnung im weiten Sinne bezwecken

Zu gleichen Ergebnissen wie in den bisher untersuchten Fallgruppen gelangt man auch in den Fällen, in denen das Verbotsgesetz nur die öffentliche Ordnung schützen¹⁾ oder dem gemeinen Wohl dienen soll²⁾. Hier hat man in der Rechtsprechung die Nichtigkeit des gesetzeswidrigen Rechtsgeschäfts mit dem Hinweis auf jenen Schutzzweck des Gesetzes bislang verneint. Diese Ausdrücke ebenso wie die Bezeichnung als gewerbepolizeiliche Vorschrift³⁾ bedeuten materiell das gleiche wie die Begriffe "Bevölkerung" oder "Allgemeinheit"⁴⁾.

1) Vgl. z.B. RGZ 103, 263 f: Überschreitung der Polizeistunde; OLG Köln NJW 1961, 1023, 1024: Bauvertrag trotz mangelnder Baugenehmigung

2) Vgl. z.B. OLG Frankfurt OLGE 17, 25: Vermietung entgegen Baupolizeiverordnung

3) Vgl. z.B. RGZ 96, 343, 344: Mangelnde Erlaubnis zum Handeln mit Lebensmitteln; 106, 316, 317: Ebenfalls mangelnde Genehmigung zum Handeln mit Lebensmitteln; BGH NJW 1968, 2286: Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept; BGH DB 1972, 1477: Kreditvertrag ohne die erforderliche Genehmigung zum Abschluß von Kreditgeschäften

4) Vgl. z.B. LG Kreuznach NJW 1951, 807: Art. 1 § 1 RVeratG; BAG DB 1971, 1530: §§ 17, 18 BSeuchG; Vgl. hierzu auch v. Zezschwitz, S. 13 ff

Der rechtsuchende Vertragspartner etwa ist ein Teil der Bevölkerung oder der Allgemeinheit. Gleiches gilt für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe. Wenn die Allgemeinheit geschützt werden soll, soll auch der Einzelne, der sich in der vom Gesetz angesprochenen Situation befindet, vor Nachteilen bewahrt werden. Das Allgemeininteresse ist hier in Wahrheit nichts anderes als die Summe der Individualinteressen¹⁾.

IV. Verstoß gegen Verbotsgesetze, die den Schutz der öffentlichen Ordnung in engerem Sinne bezwecken

Es bleibt zu prüfen, ob der durch die Untersuchung bisher bestätigte Grundsatz von der sichersten Zweckerreichung auch auf die Fälle übertragen werden kann, in denen die öffentliche Ordnung als solche geschützt werden soll, also das Allgemeininteresse nicht die Summe bestimmter Einzelinteressen bildet, sondern der Schutz der Interessen aller Bürger in ihrer Gesamtheit bezweckt wird. Dies ist etwa beim Staatsschutz (vgl. §§ 81 ff StGB) oder bei wirtschaftspolitischen Vorschriften wie etwa den Preisvorschriften²⁾ der Fall.

Unterschiede zur vorhergehend behandelten Fallgruppe könnten sich hinsichtlich der Anwendung des § 817 S. 2 ergeben. Es wurde bereits festgestellt³⁾, daß derjenige nicht mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, der zu der vom Verbotsgesetz geschützten Personengruppe gehört. Bei einem Rechtsgeschäft, das z.B. gegen Staats-

1) Vgl. auch Knöpfle, NJW 1967, 699

2) Vgl. hierzu Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 23 f

3) Vgl. oben S. 77 ff

schutzvorschriften verstößt, und das zwei Bürger der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen haben, gehören diese als Teil der geschützten organisierten Gemeinschaft zu dem vom Verbotsgesetz geschützten Personenkreis. Man könnte daher annehmen, daß § 817 S. 2 auf die Vertragspartner nicht anwendbar ist. Hierbei ist jedoch zu bedenken, daß nicht nur die Vertragspartner, sondern auch alle übrigen Staatsbürger geschützt werden sollen. Die Vertragspartner verletzen daher die Interessen aller anderen Bürger. Gegen die Anwendung des § 817 S. 2 bestehen daher keine Bedenken; denn die Auswirkung des § 817 S. 2 als faktische Strafe trifft hier die Leistenden nicht für die Verletzung ausschließlich eigener Interessen¹⁾, so daß keine Bedenken gegen die Anwendung des § 817 S. 2 bestehen. Somit sind die Fälle, in denen die öffentliche Ordnung im engeren Sinne geschützt werden soll, gleich zu behandeln den Verbotsgesetzen, die die Interessen von am Vertrag Unbeteiligten wahren sollen.

Dies bedeutet, daß die öffentliche Ordnung im engeren Sinn am ehesten gewährleistet wird, wenn aus dem Vertrag, der gegen das entsprechende Verbotsgesetz verstößt, keine Erfüllungsansprüche bestehen und eine verbotswidrig erbrachte Vorleistung nicht zurückgefordert werden kann.

V. Besondere Fälle aus der Rechtsprechung

a) Schutz der "Allgemeinheit" und der "Bevölkerung"

In seiner Entscheidung vom 2.3.1971 sah das BAG²⁾ den Zweck der §§ 17, 18 Bundesseuchengesetz in dem Schutz der "Allgemeinheit vor Infektionskrankheiten". Der Entscheidung

1) Vgl. oben S. 78

2) DB 1971, 1530

lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger hatte neben Getränken auch Speisen zu verabreichen. Bei seiner Einstellung wurde ein Gesundheitszeugnis nicht vorgelegt. Später stellte sich bei einer ärztlichen Untersuchung heraus, daß der Kläger an einer Lungentuberkulose litt.

Das BAG hat den Arbeitsvertrag nicht für nichtig gehalten¹⁾. Das Beschäftigungsverbot gemäß § 17 BSeuchG habe nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags zur Folge gehabt. Dem Landesarbeitsgericht sei darin beizutreten, daß die Frage, ob ein Arbeitsvertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, nichtig ist, sich nicht nach § 134 bestimme, sondern nach der Verbotsvorschrift, und zwar entweder aus ihrem Wortlaut oder aus ihrem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck heraus. Nach § 18 BSeuchG dürften Personen zur Ausübung einer in § 17 BSeuchG bezeichneten Tätigkeit nur eingestellt werden, wenn sie ein Zeugnis des Gesundheitsamtes vorlegen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei, die Allgemeinheit vor Infektionskrankheiten zu schützen. Dieser Sinn und Zweck habe jedoch nicht eine derartige Tragweite, daß das dem Arbeitsrecht innewohnende Schutzprinzip zurücktreten müßte. Eine solche Rechtsfolge wäre jedenfalls nicht dem mit § 18 BSeuchG verfolgten Zweck adäquat und stünde eben deswegen in Widerspruch zu dem dem Arbeitsrecht innewohnenden Schutzgedanken. § 18 BSeuchG wende sich an den Arbeitgeber, gegen die Form und Art der Vornahme und nicht gegen die privatrechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts. Er sei eine Ordnungsvorschrift, deren Übertretung nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zur Folge habe.

Die von der Revision vertretene Ansicht würde auch dazu führen, daß ein Arbeitgeber, der entgegen den Bestimmungen

1) Zu diesem Ergebnis war bei praktisch gleichem Sachverhalt bereits LAG Düsseldorf DB 1968, 1136; ArbG Aachen BB 1968, 1428 sowie BAG DB 1970, 1933 gekommen.

der §§ 17, 18 BSeuchG Personal ohne Gesundheitsattest beschäftigt, von allen zivilrechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen freigestellt wäre, wie sich das bei Nichtigkeit des Vertrags ergeben würde. Es bestünde dann kein Anreiz zur Einhaltung der Vorschriften des BSeuchG durch den an keinerlei arbeits- und kündigungsschutzrechtliche Bestimmungen gebundenen Dienstherrn. Der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses stehe auch entgegen, daß ein nach § 18 BSeuchG angeordnetes Beschäftigungsverbot sich nur gegen die in dieser gesetzlichen Bestimmung aufgeführten Tätigkeiten richte und nicht ausschließe, daß einem Arbeitnehmer eine andere, die Allgemeinheit nicht gefährdende Arbeit übertragen werden könne.

Auch Burchardt¹⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß ein gegen § 17 BSeuchG verstoßender Arbeitsvertrag wirksam sei. Seine Begründung bewegt sich allerdings in der üblichen Argumentationsweise, § 18 BSeuchG sei eine reine Ordnungsvorschrift, die lediglich im Allgemeininteresse erlassen worden sei. Die Gültigkeit des einzelnen Arbeitsvertrags werde durch einen Verstoß gegen § 18 BSeuchG nicht berührt. Das Gesetz wolle die privatrechtlichen Wirkungen eines einmal abgeschlossenen Arbeitsvertrages nicht verhindern. Es wolle vielmehr den Arbeitgeber eines in § 17 BSeuchG bezeichneten Unternehmens unter Androhung einer Strafsanktion (§ 69 Abs. 1 Nr. 5 BSeuchG) veranlassen, sich vor der Einstellung vom Arbeitnehmer ein Gesundheitszeugnis vorlegen zu lassen, um mögliche und in abstracto denkbare Gefahren zu vermeiden. Das Gesetz wolle damit die öffentliche Sicherheit und Ordnung schützen. Um diesem Zweck Rechnung tragen zu können, sei die Vernichtung des Arbeitsvertrages nicht erforderlich.

1) DB 1969, 2087, 2088

Im Gegensatz zur Auffassung Burchardts und des BAG erscheint auch hier die Erreichung des Verbotszweckes am ehesten bei Annahme der Nichtigkeit möglich¹⁾.

Präventive Wirkungen entfaltet die Nichtigkeit hier im Hinblick auf den Arbeitnehmer. Dieser läßt sich nämlich u. U. davon abhalten, ohne Vorlage einer Gesundheitsbescheinigung seine Arbeitskraft anzubieten, da er bei Entdeckung seiner Krankheit z.B. nicht wie beim wirksamen Vertrag den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes genießen würde, sondern das Arbeitsverhältnis durch fristlose Erklärung beendet werden könnte²⁾.

Im Hinblick auf den Arbeitgeber, an den sich das Einstellungsverbot wendet³⁾, würde die Nichtigkeit keine präventive Wirkung entfalten. Eher könnte das Gegenteil anzunehmen sein, da er bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages an die kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen nicht gebunden wäre. Außerdem könnte er wegen der Grundsätze vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis das bezahlte Arbeitsentgelt ohnehin nicht zurückfordern. Ob er dagegen - wie das BAG meint - auch nicht an arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen gehalten ist, erscheint fraglich, da nach den Grundsätzen vom fehlerhaften Vertrag, die zumindest anwendbar sind, wenn der Arbeitnehmer von dem Verstoß gegen das Verbotsgesetz nichts wußte⁴⁾, sich die Rechte und Pflichten nach den Vorschriften regeln, die bei Wirksamkeit des Vertrages gelten würden⁵⁾.

Gleichwohl gewährleistet die Annahme der Nichtigkeit des

1) Ebenso LAG Frankfurt DB 1966, 1023 sowie LAG Hamm DB 1969, 1994 f zum gleichen Sachverhalt

2) Vgl. BAG AP § 611 Fakt Arb Verh Nr. 1; Palandt-Putzo, Einf. vor § 611, 4 a

3) BAG DB 1971, 1530

4) Vgl. BGHZ 53, 152, 159, 160: Vertrag über verbotene Heilmittelwerbung; ArbG Herne DB 1965, 1670 f: § 8 BUrlG

5) Ständige Rechtsprechung des BAG, Vgl. Palandt-Putzo, Einf vor § 611, 4 a; so auch Hueck-Nipperdey, § 79 III ausdrücklich für Arbeitsschutzbestimmungen

Arbeitsvertrages den bestmöglichen Schutz der Allgemeinheit, da bei Entdeckung der Krankheit eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes möglich ist. Eine weitere Beschäftigung und damit eine Fortsetzung der Gefährdung der Allgemeinheit wird dadurch vermieden. Davon, daß dem Arbeitnehmer eine andere, die Allgemeinheit nicht gefährdende Tätigkeit vom Arbeitgeber übertragen werden könne,¹⁾ kann nicht allgemein ausgegangen werden. Man stelle sich etwa vor, der kranke Arbeitnehmer ist in einer Metzgerei oder in einem Lebensmittelgeschäft beschäftigt, in dem es eine Tätigkeit, die eine Berührung mit den Nahrungsmitteln ausschließt, nicht gibt.

Auch hier wird der Verbotszweck also am ehesten bei Nichtigkeit des Rechtsgrundgeschäftes erreicht.

b) BGH DB 1972, 1477

Im Urteil vom 21.4.1972 entschied sich der BGH für die Wirksamkeit eines Kreditvertrages, obwohl die Bank als Vertragspartner nicht die zum Betrieb solcher Geschäfte erforderliche Erlaubnis gemäß § 32 KWG hatte. Zur Wirksamkeit des Vertrags kam der BGH, weil nach seiner Auffassung nicht der Kreditvertrag seinem Inhalt nach, sondern nur der ohne die Erlaubnis zum Betrieb von derartigen Geschäften erfolgte Abschluß des Kreditvertrages gegen das Gesetz über das Kreditwesen verstößt. Dies werde dadurch bestätigt, daß sich das Verbot nur gegen eine Partei nämlich gegen die Bank richte, und dementsprechend die Strafbarkeit, die sich aus § 54 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 KWG ergäbe, nur auf seiten einer Partei bestimmt sei. Hinzu komme, daß es sich bei der Er-

1) So das BAG DB 1971, 1530

laubnispflicht um eine gewerbepolizeiliche Vorschrift handele, bei der sich das in der Erlaubnispflicht liegende Verbot von Bankgeschäften ohne Erlaubnis nicht gegen die rechtliche Wirkung dieser Geschäfte richte, sondern die öffentliche Ordnung schützen solle.

Der vorliegende Fall ist insofern interessant, als der Darlehensvertrag nur in einer zeitlich begrenzten Kapitalüberlassung besteht. Das KWG verfolgt den Zweck, die allgemeine Ordnung im Kreditwesen zu gewährleisten, die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates zu erhalten und die Gläubiger der Kreditinstitute vor Verlusten zu schützen¹⁾. Zweifel daran, ob dieser Zweck am ehesten erreicht wird, wenn der Darlehensvertrag nichtig ist, äußern Szagunn-Neumann²⁾. Da der Bankkunde in der Regel nicht wissen werde, ob einem Kreditinstitut eine Erlaubnis erteilt ist oder nicht, würde nach ihrer Auffassung eine Nichtigkeit in diesen Fällen zu unbilligen Härten führen.

Die Darlehensnehmer sind nicht Gläubiger, sondern Schuldner der Bank. Geschützt sein sollen jedoch die Gläubiger also z.B. Sparer, die ein Sparkonto bei der Bank haben.

Bei Darlehensverträgen ist nicht ohne weiteres ersichtlich, inwiefern deren Nichtigkeit den Schutz der Gläubiger verwirklichen soll. Die Lösung ergibt sich aus folgendem: Die Kredite werden aus den Einlagen gewährt, denn diese stellen ihrerseits der Bank gewährte Darlehen dar. Wenn nun unsichere Kreditgeschäfte betrieben werden, also etwa Kredite für zweifelhafte Projekte oder Kunden gewährt werden, wird auch die Rückzahlung der Einlagen gefährdet;

1) Vgl. Szagunn-Neumann, Einl. III

2) § 32, 43

vor allem wenn die Bank mit Kreditforderungen ausfällt und daher in Liquiditätsschwierigkeiten gerät. Die Gläubiger haben also ein Interesse daran, daß die Verträge der Bank, die keine Genehmigung zum Betreiben von Kreditgeschäften erhalten hat, mit den Darlehensnehmern unwirksam sind, damit diese zumindest keinen Erfüllungsanspruch haben. Insofern wird der Schutz der Gläubiger der Bank bei nichtigen Kreditverträgen eher erreicht, als wenn die Darlehensnehmer bei wirksamem Vertrag einen Anspruch auf Auszahlung der Kreditsumme hätten.

Die Vorstellung, daß alle Kreditverträge unwirksam sein sollen, mag auf den ersten Blick unbefriedigend erscheinen, zumal diese Kredite oft für die Finanzierung von Investitionen benutzt werden. Ein vorzeitiges Rückforderungsverlangen hinsichtlich der Kredite könnte daher zu unübersehbaren Folgen führen. Hierbei ist jedoch an die bereits erwähnte¹⁾ Besonderheit beim Darlehen zu denken, die darin besteht, daß das Kapital nicht endgültig, sondern nur für eine zeitlich begrenzte Zeit beim Schuldner bleiben soll. Diese Erkenntnis hat in den sog. Wucherfällen, in denen Darlehen zu Wucherzinsen gegeben wurden, dazu geführt, daß zwar der Darlehensvertrag gemäß § 138 nichtig ist, dem Rückforderungsverlangen des Wucherers aber nicht § 817 S. 2 entgegensteht²⁾. Dem Bewucherten wird nämlich nur die zeitweilige Nutzung des Kapitals überlassen. Infolgedessen ist aber der Zinsanspruch, der sich bei nichtigem Vertrag aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 ergeben würde, gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen³⁾. Andererseits hat der unwirksame Vertrag noch insofern Bedeutung, als das Darlehen nicht früher als bei wirksamem Vertrag zurückgefordert werden kann⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 100

2) Vgl. RGZ 161, 52, 57; BGH WPM 1962, 606, 608; 1963, 834, 836; Palandt-Thomas, § 817, 3 c bb

3) Vgl. BGH NJW 1962, 1148, Palandt-Thomas, a.a.O.

4) Vgl. BGH WPM 1956, 459 f; Palandt-Thomas, a.a.O.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf einen wegen Gesetzesverstoßes nichtigen Darlehensvertrag übertragen. Dies würde für den vorliegenden Fall bedeuten, daß die Kredite nicht vorzeitig zurückverlangt werden könnten. Dem Bereicherungsanspruch des Kreditinstitutes auf Ersatz der Zinsen gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 steht aber § 817 S. 2 entgegen, dessen subjektive Voraussetzung - nämlich die Kenntnis des Gesetzesverstoßes - in der Praxis stets vorliegen wird.

In diesem Zusammenhang ist die weitere Frage zu stellen, ob auch die Darlehensverträge, die zwischen den Gläubigern (also etwa den Sparern) und der Bank geschlossen werden, nichtig sind, damit der Schutz dieser Personen am sichersten verwirklicht wird. Auch dies läßt sich bejahen. So lange die Einzahlung noch nicht erfolgt ist, kann der Sparer die Erfüllung verweigern. Hat er dagegen seine Einlage schon erbracht, so kann er diese - entsprechend den Grundsätzen beim Wucherdarlehen - zumindest innerhalb der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist zurückfordern. Da er zu dem geschützten Personenkreis gehört - also § 817 S. 2 nicht entgegensteht¹⁾ - kann er auch Zinsen gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 verlangen. Somit wird der Schutz der Gläubiger am ehesten erreicht, wenn sowohl die Verträge mit den Einlagegebern als auch die mit den Kreditnehmern nichtig sind.

Der Auffassung Dempewolfs²⁾, wonach der Einleger bei Nichtigkeit des Einlagegeschäfts benachteiligt wird, da er auf eine Bereicherungsklage angewiesen ist, kann nicht gefolgt

1) Vgl. oben S. 77 ff

2) In seiner ablehnenden Anmerkung zu LG Köln NJW 1964, 252 f

werden. Wie eben dargelegt steht der Sparer bei einem Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 wirtschaftlich nicht schlechter. Das Risiko, das sich aus § 817 S. 2 für ihn ergibt, rührt nur von der abzulehnenden Auffassung her, daß auch der Sparer gegen ein gesetzliches Verbot verstößt¹⁾. Hiervon abgesehen erstreckt sich der Ausschluß gemäß § 817 S. 2 nur auf die Zinsen, nicht jedoch auf die Darlehensvaluta. Schließlich ist auch daran zu denken, daß nach Auffassung Dempewolfs der von ihm angeführte "Kleinsparer" bei wirksamem Vertrag zur Einlage bei einem solchen Institut gezwungen werden könnte, was sicherlich nicht im Sinne des KWG liegt.

c) AG Köln NJW 1973, 662 - LG Köln MDR 1974, 143

Beide Urteile befassen sich mit der Frage, ob ein Maklervertrag, der gegen § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung verstößt, nichtig ist. Sowohl das AG als auch das LG verneinen diese Frage. Die Begründung des AG Köln wurde bereits dargestellt²⁾. Aufschlußreich sind aber auch die Entscheidungsgründe des LG Köln:

"... Daß ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 WohnVermG nicht zur Nichtigkeit des Maklervertrages führt, ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck dieser Gesetzesvorschrift. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (BDrucks. VI 1549 S. 13) besteht der eigentliche Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 WohnVermG darin, dem Wohnungssuchenden Zeit und Unkosten für die vergebliche Besichtigung von Wohnräumen zu ersparen. Nichtig wäre der Maklervertrag nur dann, wenn bei seiner Gültigkeit dieser Sinn und Zweck nicht erreichbar wäre (Palandt a.a.O.).

1) Vgl. oben S. 77 ff

2) Vgl. oben S. 32 f

Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 WohnVermG können aber auch dann erreicht werden, wenn der Maklervertrag gültig ist. Das hängt nämlich davon ab, ob der Wohnungssuchende die ihm vom Makler ohne Auftrag des Vermieters oder eines anderen Berechtigten angebotene Wohnung tatsächlich mietet und ihm Zeit und Unkosten für eine vergebliche Besichtigung erspart werden, oder ob dies nicht so ist. Im letzteren Fall ist der Gesetzeszweck unabhängig von der Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Maklervertrages nicht erreicht worden, da der Wohnungssuchende die Wohnung jedenfalls vergeblich besichtigt hat. Hier wäre es sinnlos, die Nichtigkeit des Maklervertrages anzunehmen, zumal der Makler ohnehin keinen Provisionsanspruch hätte, weil sein Vertragspartner die nachgewiesene Wohnung nicht gemietet hat. Im ersteren Fall ist dem Sinn und Zweck des Gesetzes auch Genüge getan, wenn der Maklervertrag gültig ist, weil dem Wohnungssuchenden Zeit und Unkosten für eine vergebliche Besichtigung erspart worden sind. Dann ist aber nicht einzusehen, warum in diesem Falle der Maklervertrag nichtig sein sollte und die Maklerprovision deshalb entfallen sollte..."

Im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts wird auch hier der Zweck des § 6 Abs. 1 WVG eher erreicht, wenn der Maklervertrag nichtig ist. Wenn der Mietvertrag trotz der mangelnden Beauftragung des Maklers zustande gekommen ist, hat der Makler bei nichtigem Vertrag keinen Provisionsanspruch und keinen Bereicherungsanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2, sofern er von seinem Gesetzesverstoß weiß und daher die Voraussetzungen des § 817 S. 2 gegeben sind. Dieses Risiko wirkt u. U. abschreckend auf Makler, die geneigt sind, Wohnraum, ohne vom Vermieter "dazu beauftragt zu sein, anzubieten. Je mehr Makler solche Praktiken unterlassen, umso geringer ist damit auch die Gefahr, daß den Wohnungssuchenden unnötige Unkosten entstehen. Somit wird auch der Zweck des § 6 Abs. 1 WVG eher bei Nichtigkeit des Maklervertrages erreicht¹⁾.

1) Vgl. auch Benöhr, NJW 1973, 1286 f

VI. Ergebnis

Die Untersuchung hat bisher ergeben, daß in allen Fällen eines Rechtsgeschäfts, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, der Zweck des Verbotsgesetzes am sichersten erreicht wird, wenn das Rechtsgrundgeschäft nichtig ist.

Nur bei Nichtigkeit ist nämlich jeglicher Erfüllungsanspruch ausgeschlossen. Bei wirksamem Vertrag besteht dagegen nur dann kein Leistungsanspruch, wenn der Fordernde durch die Annahme der Leistung wissend gegen das Verbot verstoßen würde, so daß er das Empfangene sogleich wieder herausgeben müßte (*dolo facit ...*) und der Leistende nicht ebenfalls gegen das Verbot verstößt, so daß sein Anspruch gemäß § 817 S. 1 nach § 817 S. 2 ausgeschlossen ist.

Eine durch die Anwendung des § 817 S. 2 bedingte Abschreckungswirkung ergibt sich in den Fällen, in denen kein Anspruch auf die Gegenleistung besteht, andererseits aber die erbrachte Leistung wegen § 817 S. 2 nicht zurückgefordert werden kann. Die Voraussetzungen für diese Rechtsfolge ergeben sich im allgemeinen nur bei nichtigem Vertrag. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn der Empfänger der Vorleistung nicht die Voraussetzungen des § 817 S. 2 im Gegensatz zum Leistenden erfüllt, so daß dieser auch bei wirksamem Vertrag weder einen Erfüllungsanspruch (§§ 817 S. 1, 242) noch einen Rückforderungsanspruch hat.¹⁾

1) Vgl. etwa das Berater-Beispiel oben S. 76 ff

§ 4 Wird der Zweck eines Verbotsgesetzes auch am sichersten erreicht, wenn das Erfüllungsgeschäft ebenfalls nichtig ist?

I. Ausgangspunkt

Nachdem sich herausgestellt hat, daß der Zweck eines Verbotsgesetzes am ehesten erreicht wird, wenn das Rechtsgrundgeschäft nichtig ist, fragt es sich, ob dieser Grundsatz auch für Erfüllungsgeschäfte gilt. Die Frage stellt sich allerdings nur, wenn die Erfüllung ein Rechtsgeschäft erfordert wie etwa im Falle der Übereignung einer Sache, der Übertragung einer Forderung (§ 398), des Erlasses (§ 397), der befreienden Schuldübernahme (§§ 414 ff), des Schuldversprechens (§ 780) oder des Schuldanerkenntnisses (§ 781).

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß sich der Zweck des Verbotsgesetzes deshalb eher bei Nichtigkeit erreichen läßt, weil der Rückforderungsausschluß gemäß § 817 S. 2 präventiv wirken kann¹⁾, und weil nur bei nichtigem Rechtsgrundgeschäft in jedem Fall gewährleistet ist, daß kein Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung besteht²⁾. Durch die Nichtigkeit des Grundgeschäftes kann also u. U. erreicht werden, daß es gar nicht erst zur Erbringung der verbotenen Leistung kommt. Wurde trotzdem die verbotene Leistung erbracht, so läßt sich der Zweck des Verbotsgesetzes doch noch erreichen, wenn die unerwünschte Rechtsänderung von vornherein nicht eintritt. Verstößt etwa bei einem Verkauf einer Forderung das Rechtsgrundgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot, so läßt sich der Zweck des Ver-

1) Vgl. oben S. 105

2) Vgl. oben S. 105

botsgesetzes am sichersten erreichen, wenn die in Erfüllung des verbotswidrigen Kaufvertrags erfolgende Übertragung der Forderung verhindert wird. Dies ist der Fall, wenn auch die Abtretung als solche nichtig ist. Das gleiche gilt auch für die anderen Arten der Erfüllung, die ein Rechtsgeschäft erfordern.

Bei der Übereignung von Sachen ergibt sich darüberhinaus bei Nichtigkeit des Übereignungsgeschäfts die Möglichkeit, Besitzübertragungen gemäß §§ 985, 986 rückgängig zu machen. Zwar wird neuerdings im Schrifttum¹⁾ vorgeschlagen, § 817 S. 2 auch auf den Herausgabeanspruch gemäß § 985 anzuwenden. Begründet wird diese Ausdehnung vor allem damit²⁾, daß bei minder schweren Verstößen nur das Grundgeschäft nichtig sei, so daß die Rückforderung der Leistung an § 817 S. 2 scheitere. Bei schwereren Verstößen, die zur Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäftes führten, sei dagegen eine Rückforderung nach §§ 985, 986 möglich. Dieses Ergebnis wird als untragbar angesehen³⁾. Der Rechtsprechung und h. M. im Schrifttum⁴⁾, die unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter eine Ausdehnung des § 817 S. 2 auf andere Vorschriften ablehnt, ist jedoch - soweit es die Nichtigkeit gemäß § 134 betrifft - im Ergebnis zu folgen. Würde

1) Boehmer, Grundlagen I, S. 52 ff, 60; derselbe, FamRZ 1959, 6; v. Caemmerer, Südd. JZ 1950, 650 f; derselbe, MDR 1951, 163; Esser SBT, § 103 IV 3; Fikentscher, § 99 III 4 b; Heck, AcP 124, 6; Larenz SBT, § 69 III b; Medicus, § 27 III 4 c aa; Palandt-Bassenge, Einl. 5 a cc vor § 854; Raiser, JZ 1951, 718; Soergel-Siebert-Mühl, 986, 9; Wolff-Raiser, § 84 IV 4

2) Vgl. etwa Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 56; Medicus, a.a.O.

3) Vgl. Honsell, a.a.O.; Medicus, a.a.O.

4) Vgl. BGH NJW 1951, 643; BGHZ 39, 87, 91; Becker NJW 1952, 53; Enneccerus-Lehmann, § 226, 2 d; Erman-H.P. Westermann, § 817, 11; Staudinger-Seufert § 817, 19; Westermann, § 30 I 4

man nämlich bei nichtiger Übereignung einen Herausgabeanspruch nach §§ 985, 986 an § 817 S. 2 scheitern lassen, so bestände keine Möglichkeit, den gesetzeswidrigen Zustand zu beseitigen. Lehnt man also die Anwendung des § 817 S. 2 auf den bei nichtigem Erfüllungsgeschäft bestehenden Herausgabeanspruch (§§ 985, 986) ab, so entfällt allerdings die sich aus dem Ausschluß der Rückforderung nach § 817 S. 2 ergebende Abschreckungswirkung. Es gilt daher, abzuwägen zwischen dem Ausschluß des Herausgabeanspruches bei Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäftes sowie der sich daraus ergebenden Abschreckungswirkung und der Möglichkeit, durch Ausübung des Herausgabeanspruches gemäß §§ 985, 986 den gesetzeswidrigen Zustand zu beseitigen. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muß sein, bei welcher Alternative sich der Zweck des Verbotsgesetzes eher erreichen läßt. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Präventivfunktion des § 817 S. 2 u. U. den Vertragsschluß und damit die Erfüllung von vornherein verhindert. Andererseits ist nicht sicher, ob die Abschreckungswirkung in der Praxis immer ihren Zweck erreicht. Demgegenüber dürfte die Möglichkeit, die Sache zurückfordern zu können und so den vom Gesetz unerwünschten Erfolg gewissermaßen "in letzter Minute" zu verhindern, Vorrang genießen, zumal sie auch den Vorzug der Gesetzestreue besitzt. Daß bei einer solchen Rückforderung der Zweck des Verbotsgesetzes am ehesten erreicht werden kann, soll an Hand der nachfolgenden Beispiele aus der Rechtsprechung dargestellt werden, wobei sich allerdings keine der Entscheidungen mit der hier angeschnittenen Frage beschäftigte.

II. Beispiele aus der Rechtsprechung

a) Verkauf von Lebensmitteln

In RGZ 96, 343¹⁾ und 106, 316 ging es um den Verkauf von Lebensmitteln ohne entsprechende Handelserlaubnis. Durch die betreffenden Verbotsgesetze sollte der Käufer als Teil der Allgemeinheit vor Gesundheitsgefahren geschützt werden. Bei nichtigem Erfüllungsgeschäft müßte der Käufer die Nahrungsmittel auf Verlangen wieder herausgeben. Die Pflicht zur Rückgabe der Lebensmittel, von denen u. U. Gesundheitsgefahren ausgehen, würde dem Zweck des Verbotsgesetzes, solche Gefährdungen zu vermeiden, am ehesten gerecht werden.

b) Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept

Gleiches gilt für den Fall der Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept²⁾. Auch hier können von den verkauften Sachen Gefahren für die Gesundheit ausgehen. Diese können abgewendet werden, wenn die Arzneimittel zurückgegeben werden müssen, was allerdings ebenso wie bei den Lebensmitteln nur so lange in Frage kommt, wie die Sachen noch vorhanden sind.

c) Schutz der öffentlichen Ordnung

In dem Fall, der dem Urteil RGZ 103, 263³⁾ zugrunde liegt, ging es u.a. um die - vom Gericht bejahte - Wirksamkeit

1) Vgl. oben S. 19

2) Vgl. LG Stuttgart NJW 1965, 354 (vgl. oben S. 3 f);
BGH NJW 1968, 2286

3) Vgl. oben S. 20

eines Vertrages zwischen dem Wirt und einem Gast, der nach Eintritt der Polizeistunde auf einem nicht erleuchteten Flur gestürzt war. Die Einführung einer Polizeistunde hat den Zweck, die Nachtruhe der Anwohner zu schützen. Dieser Zweck läßt sich am ehesten erreichen, wenn nicht nur der Vertrag über den Kauf der Speisen und Getränke, sondern auch die Übereignung dieser Sachen nichtig ist. Bei nicht erfolgtem Übergang des Eigentums hat der Wirt nämlich die Möglichkeit, die bereits übergebenen Sachen nach §§ 985, 986 wieder zurückzufordern. Sofern der Herausgabeanspruch geltend gemacht wird - was in der Praxis allerdings kaum vorkommen dürfte - wird der Verzehr der Speisen oder Getränke verhindert. Damit kann aber auch die Zeit der Überschreitung der Polizeistunde abgekürzt werden. Auch in dem Fall, in dem einer der Vertragspartner nicht wie in den vorhergehenden Beispielen zu dem geschützten Personenkreis gehört, wird der Zweck des Verbotsgesetzes am ehesten erreicht, wenn auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist.

d) Ergebnis

Die Beispiele zeigen, daß der Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes am ehesten erreicht wird, wenn nicht nur das Rechtsgrund-, sondern auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist. Hieraus läßt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, daß immer dann, wenn die Übereignung von Sachen gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, das Ausführungsgeschäft gemäß § 134 nichtig ist.

III. Gilt der Grundsatz der sichersten Zweckerreichung auch für das Erfüllungsgeschäft hinsichtlich der Gegenleistung?

Die bisherigen Erörterungen befaßten sich nur mit dem Erfüllungsgeschäft, das die unerwünschte Rechtsänderung herbeiführte. Normalerweise wird aber noch ein Erfüllungsgeschäft abgeschlossen, das die Rechtsänderung hinsichtlich des Gegenstandes der Gegenleistung vollendet. So gab es in den erwähnten Beispielen ¹⁾ jeweils zwei Erfüllungsgeschäfte: die Übereignung der Lebensmittel, Medikamente und Getränke sowie die Übereignung des Geldes in Höhe des Kaufpreises als Gegenleistung.

Es erhebt sich also auch hier die Frage, ob der Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes am ehesten erreicht wird, wenn auch dieses Erfüllungsgeschäft hinsichtlich der Gegenleistung nichtig ist.

Die Frage ist zu bejahen, wenn das Verbotsgesetz nicht nur die Leistung, sondern auch die Gegenleistung als solche verhindern will. Dies wiederum ist der Fall, wenn auch die Gegenleistung von der gleichen Vorschrift verboten wird. In den genannten Beispielen sollte lediglich die Übereignung von Lebensmitteln, Getränken oder Medikamenten nicht aber die Gegenleistung verhindert werden. Ein Verbot der Gegenleistung wäre in diesen Fällen auch gar kein taugliches Mittel, um den Zweck der betreffenden Verbotsgesetze, vor Gesundheitsgefahren oder die Nachtruhe der Nachbarn zu schützen, zu erreichen. Wenn nämlich wie z.B. bei der Schenkung keine Gegenleistung vereinbart wird, wird der Verbotszweck auch nicht eher erreicht. Vielmehr kann dieser allein durch eine Verhinderung der verbotenen Lei-

1) Vgl. oben S. 109 ff

stung verwirklicht werden. Daraus folgt, daß grundsätzlich bei Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäfts hinsichtlich der Gegenleistung der Zweck des Verbotsgesetzes nicht eher als bei Wirksamkeit erreicht wird. Dies gilt allerdings nur, wenn das Gesetz nicht auch die Gegenleistung verbietet. Beispiele für Verbotsvorschriften, die auch die Gegenleistung verhindern sollen, sind nicht ersichtlich. So ist etwa bei Preisvorschriften (vgl. z.B. § 2 a WiStG) nur der unzulässige Preis nicht aber dessen Gegenleistung verboten.

Nicht zu verwechseln mit dieser Art von Verbotsgesetzen sind die Fälle, in denen die Gegenleistung aufgrund eines anderen selbständigen Verbotsgesetzes verhindert werden soll. Erhält z.B. derjenige, der Lebensmittel ohne Genehmigung verkauft, als Gegenleistung andere Nahrungsmittel, die ebenfalls ohne entsprechende Genehmigung verkauft werden, so sind beide Erfüllungsgeschäfte nichtig.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß der Zweck eines Verbotsgesetzes bei Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts hinsichtlich der Gegenleistung nur dann eher erreicht werden kann, wenn diese Gegenleistung ebenso wie die Leistung verboten ist. Für den Regelfall ergibt sich daher, daß das Erfüllungsgeschäft hinsichtlich der Gegenleistung der verbotenen Leistung wirksam ist.

§ 5 Rechtliche Einordnung der Regel von der sichersten Zweckerreichung

Nachdem sich gezeigt hat, daß die Anwendung des Grundsatzes der sichersten Zweckerreichung von Verbotsgesetzen in allen dargestellten Fallgruppen zur Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte

hätte führen müssen, bleibt die Frage nach der rechtlichen Einordnung und dogmatisch - methodischen Fundierung dieses Grundsatzes zu beantworten.

I. Ausgangspunkt: § 134

Da der Gesetzgeber das Problem der Auswirkungen von Gesetzesverstößen auf Rechtsgeschäfte offensichtlich in § 134 regeln wollte, ist von dieser Vorschrift auszugehen. § 134 ordnet an, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Knüpft man an den letzten Halbsatz des § 134 an, so läßt sich zunächst feststellen, daß bisweilen in Verbotsgesetzen ausdrücklich bestimmt ist, daß das Verbot nicht die Nichtigkeit zur Folge haben soll. Solche Beispiele enthalten die §§ 456 - 458, 1238 Abs. 1 und 2 BGB, § 241 KO mit § 30 KO¹⁾, § 3 AnfG, §§ 60, 61 HGB, § 64 BörsG. Hierzu zählen auch Verbotsgesetze, in denen zwar die zivilrechtliche Rechtfolge nicht angeordnet ist, bei denen sie sich aber aus anderen Gesetzen, vor allem dem BGB, ergibt. Der Regelung in § 123 muß man z. B. entnehmen, daß bei einem Verstoß gegen § 263 StGB das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam bleibt und nur anfechtbar ist. Aus den §§ 932, 816 folgt, daß bei einem Verstoß gegen § 246 StGB sowohl das Rechtsgrund- als auch das Erfüllungsgeschäft wirksam bleibt. Den Gegensatz bildet ein Verstoß gegen § 242 StGB, bei dem gemäß §§ 935, 816 Abs. 1 S. 1 weder das Rechtsgrund- noch das Erfüllungsgeschäft wirksam sind²⁾. Weiterhin ergibt sich für Verfügungen aus dem Gesetz ein anderes i. S. d. § 134 in den Fällen der relativen Unwirksamkeit gemäß

1) Vgl. RGZ 56, 229, 230

2) Vgl. Lehman-Hübner, § 29 III 2 d

§ 135 ¹⁾. Sofern nämlich eine Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstößt, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, ist die Verfügung nur diesen nicht aber allen anderen Personen gegenüber unwirksam ²⁾.

Wie bereits erwähnt ³⁾ ist nach h. M. bei anfänglichem Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) der Vertrag wirksam. Für den Bereich des Kaufrechts ergibt sich dies aus § 440 Abs. 1, für den Tausch aus § 515 sowie für den Werklieferungsvertrag aus § 651 Abs. 1 jeweils in Verbindung mit §§ 440 Abs. 1, während für andere Verträge die sogenannte Garantiehaftung von der Rechtsprechung und Literatur entwickelt wurde ⁴⁾. Für Kauf-, Tausch- und Werklieferungsverträge ergibt sich also bei rechtlichem Unvermögen aus dem Gesetz - nämlich aus § 440 Abs. 1 - ein anderes im Sinne des § 134. Dies gilt jedoch nur für das Kaufrecht, da sich für alle anderen Fälle des anfänglichen Unvermögens keine Regelung im Gesetz findet. Somit bildet das anfängliche Unvermögen im Kauf-, Tausch- und Werklieferungsrecht eine weitere Fallgruppe, für die sich aus dem Gesetz ergibt, daß die gesetzeswidrigen Rechtsgrundgeschäfte wirksam sind.

Ein Beispiel für ursprüngliches Unvermögen ist die schon dargestellte Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. Oktober 1919 ⁵⁾. Es ging um den Verkauf von Fischklößen, obwohl der Verkäufer keine Erlaubnis zum Handeln mit Lebensmitteln hatte.

1) Vgl. die Aufzählung der relativen Veräußerungsverbote bei Erman-H.Westermann, §§ 135, 136 ¹ 6; vgl. neuerdings zur relativen Unwirksamkeit auch Beer, S. 179

2) Vgl. Erman-H.Westermann, §§ 135, 136, 1

3) Vgl. oben S. 56 f

4) Vgl. oben S. 57

5) Vgl. oben S. 19 und 109

Unvermögen liegt vor, wenn die Leistung einem anderen möglich ist ¹⁾. Dies ist bei fehlender Erlaubnis zum Handeln mit Lebensmitteln zu bejahen. Zwar kann der Schuldner nicht die Leistung erbringen. Aber dies könnte ein anderer Kaufmann mit entsprechender Genehmigung.

Soweit der Verkäufer seine Leistung noch nicht erbracht hat, besteht kein Erfüllungsanspruch des Käufers, da die (rechtliche) Unmöglichkeit wegen des gesetzlichen Verbotes feststeht ²⁾.

Es ergibt sich jedoch die Frage, wie die rechtliche Situation ist, wenn der Verkäufer die rechtlich unmögliche Leistung erbracht hat. Eine Rückforderung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 scheidet - abgesehen von § 817 S. 2 - bereits deshalb aus, weil das Rechtsgrundgeschäft wirksam ist. Auch aus § 817 S. 1 läßt sich zumindest für den vorliegenden Fall kein Bereicherungsanspruch herleiten, weil der Käufer, dessen Schutz das Verbotsgesetz u. a. bezweckt, durch die Annahme der Leistung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Wie bereits ausgeführt ist jedoch das Erfüllungsgeschäft grundsätzlich nichtig ³⁾, so daß ein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 in Betracht kommt. Die Nichtigkeit der Über-eignung scheitert hier auch nicht an § 440 Abs. 1. Denn aus § 440 Abs. 1 läßt sich lediglich entnehmen, daß das Rechtsgrundgeschäft wirksam sein soll. Die Anwendung der §§ 320 ff setzt nämlich nur ein wirksames Rechtsgrundgeschäft voraus. Somit kann der Verkäufer den Kaufgegenstand gemäß § 985 zurückfordern; der Käufer kann wegen mangelnder Eigentumsübertragung auf § 440 zurückgreifen.

1) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 275, 2; Roth, JuS 1968, 103

2) Vgl. oben S. 57

3) Vgl. oben S. 110

Da das Rechtsgrundgeschäft wirksam ist, hat der Käufer allerdings ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986. Somit kann der Verkäufer u. U. die Sache, die in seinem Eigentum geblieben ist, nicht herausverlangen. Eigentum und Besitz fallen hier also auseinander. Es erscheint jedoch unbefriedigend, wenn der Käufer sowohl die Sache behalten als auch die Rechte aus § 440 geltend machen kann.

Da der Besitz der Sache ohne das Eigentum auf Dauer gesehen praktisch wertlos ist, treten nach §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 S. 2 die Folgen des vollen Unvermögens ein, denn der Verkäufer kann das Eigentum nicht übertragen. Der Käufer muß, wenn er den Rücktritt wählt, den Besitz nach §§ 327 S. 1, 346 wieder dem Verkäufer verschaffen. Wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, wird man diesen nach der sogenannten Surrogations-theorie ¹⁾ berechnen können. Denn der Wert des Besitzes ohne Eigentum läßt sich kaum angeben. Bei der Schadensersatzleistung nach der Surrogationstheorie ist der Käufer jedoch verpflichtet, den Besitz an den Verkäufer zu übertragen. In jedem Fall erhält der Verkäufer also die Sache wieder, sofern der Käufer die Rechte aus den §§ 440 Abs. 1, 325 geltend macht.

Die bisher genannten Fälle sind jedoch kein Anlaß zum Zweifeln. Vielmehr entstehen Unklarheiten nur bei solchen Verbotsgesetzen, in denen die zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen sie weder in ihnen bestimmt ist noch sich aus anderen Vorschriften ohne weiteres erschließen läßt. Nach h. M. ²⁾ soll im Wege der Auslegung der Sinn und Zweck des jeweiligen Verbotsgesetzes ermittelt werden und darüber entscheiden, ob Nichtigkeit eintritt oder nicht.

1) Vgl. Esser SAT, § 51 I 2; Medicus, § 14 I 2 b c

2) Vgl. oben S. 7, 11

Da in § 134 als Rechtsfolge grundsätzlich die Nichtigkeit angeordnet ist, kann es Ziel einer Auslegung des Verbotsgesetzes nur sein, ob etwa diese Nichtigkeitsfolge im konkreten Fall entgegen der Regel des § 134 ¹⁾ nicht eingreift.

Die Regelung in § 134 läßt sich daher folgendermaßen konkretisieren: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes ergibt, daß das dagegen verstoßende Geschäft wirksam oder nur beschränkt nichtig sein soll.

Die im letzten Halbsatz enthaltene Einschränkung ergibt sich daraus, daß "ein anderes" im Verhältnis zur Nichtigkeit nur die Wirksamkeit oder lediglich teilweise Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts sein kann. Bei jedem Verbotsgesetz muß demnach geprüft werden, ob sich aus Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes ergibt, daß das gesetzeswidrige Rechtsgeschäft im Gegensatz zur Regel des § 134 wirksam oder nur teilweise unwirksam sein soll. Eine solche Auslegung ermittelt also nicht aus dem Verbotsgesetz selbst die in Frage kommende Rechtsfolge im Sinne der freien Entscheidung für eine Alternative von zwei gleichrangigen, sondern entscheidet vielmehr nur darüber, ob im Gegensatz zur grundsätzlichen Nichtigkeitsfolge des § 134 etwas anderes gelten soll.

II. Die Auslegung des jeweiligen Verbotsgesetzes

Jede Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift beginnt üblicherweise mit der Interpretation des Wortlautes ²⁾. Zum

1) Vgl. oben S. 43 ff

2) Vgl. Bartholomeyczik, S. 18 und 36; Larenz, Methodenlehre, S. 307

Teil war zwar dies in der Rechtsprechung auch Ausgangspunkt für die Auslegung von Verbotsgesetzen ¹⁾. Meistens wurde aber noch auf die Ein- und Zweiseitigkeit des Verbotes hingewiesen ²⁾. Entscheidend war freilich immer der Zweck des Verbotsgesetzes. Über ihn herrschte in der Regel kein Streit ³⁾. Mit der Feststellung des Zweckes des Verbotsgesetzes war jedoch noch nicht die Antwort auf die Frage gefunden, ob das Rechtsgeschäft als solches verboten sein soll oder nicht.

a) Der Wortlaut des Gesetzes

Der Wortlaut des betreffenden Verbotsgesetzes ließ immer beide Deutungen zu. Denn die Ausdrücke "darf nicht", "soll nicht" usw. sind nur Anhaltspunkte, die ohne weiteres Ausnahmen zulassen ⁴⁾.

b) Bedeutungszusammenhang ⁵⁾

Aus dem Bedeutungszusammenhang des Verbotsgesetzes ließ sich ebenfalls nichts für die Beantwortung der Frage entnehmen, ob der Zweck des Verbotsgesetzes die Nichtigkeit gebiete oder nicht. Das erklärt wohl auch die große Zahl gegensätzlicher Entscheidungen zu denselben Verbotsgesetzen.

1) Vgl. etwa AG Köln NJW 1973, 662 sowie LG Köln MDR 1974, 143 beide zum Verstoß gegen § 6 Abs. 1 WVG

2) Vgl. etwa BGHZ 37, 363, 365: § 1 Abs. 1 Nr. 2 SpielbVO (vgl. oben S. 25 f); BGHZ 46, 24, 26: §§ 35, 210 AVAVG (vgl. oben S. 30 ff); BGH NJW 1968, 2286: Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Rezept; AG Köln a.a.O.

3) Vgl. die Beispiele in der Einleitung S. 1-7

4) Vgl. z.B. Palandt-Heinrichs, § 134, 2 a sowie oben S. 8

5) Vgl. Bartholomeyczik, S. 40 und 46; Larenz, Methodenlehre, S. 311

c) Teleologische Auslegung

In einer solchen Situation, in der also beide Ergebnisse als Möglichkeiten der Auslegung vom Wortsinn erfaßt werden, muß nun gefragt werden, bei welcher Auslegung der Verbotsvorschrift ihr Zweck am ehesten erreicht werden kann ¹⁾. Wenn sich auf diese Frage ergibt, daß der Zweck des Gesetzes sicherer oder zumindest ebenso sicher erreicht werden kann, wenn der Vertrag wirksam bleibt, ist für die Anwendung des § 134 kein Raum. Denn dann ergibt sich "aus dem Gesetz ein anderes". Anders ist es, wenn der Zweck eher bei Nichtigkeit des Geschäfts erreicht werden kann. In diesem Fall ergibt sich die Nichtigkeit als Rechtsfolge aus § 134. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts ist es also, daß sein Zweck auch oder ebenso sicher erreicht wird, wenn der Vertrag (teilweise) wirksam ist.

III. Wann wird der Zweck eines Verbotsgesetzes eher bei (teilweiser) Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erreicht ?

a) Preisvorschriften

Beim Verstoß gegen das Verbot von überhöhten Preisen ist die Rechtsprechung ²⁾ nicht von der Nichtigkeit des gesamten Vertrags ausgegangen, sondern nur von der Unwirksamkeit des über das zulässige Maß hinausgehenden Teiles.

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 56 II 4; Larenz, Methodenlehre, S. 321, 333; ebenso für die Auslegung von Grundrechten BVerfGE 6, 55, 72; 32, 54, 71; BVerfG NJW 1975, 573, 575

2) Vgl. BGHZ 11, 90, 95; Flume, § 17, 4; sowie oben S.14 f

Der Zweck einer Höchstpreisbestimmung, nicht den Warenumsatz zu unterbinden, vielmehr ihn unter Einhaltung der zulässigen Preise zu fördern ¹⁾, wird bei einer solchen Auslegung ohne weiteres erreicht. Eine weitere Frage ist es, ob nicht doch das gesamte Rechtsgeschäft gemäß § 139 nichtig ist, auf die das Reichsgericht allerdings nicht eingeht ²⁾. Aber dieses Problem wird nicht bei der Anwendung des § 134 relevant, sondern erst wenn man eine teilweise Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts gemäß § 134 bejaht hat, und daher die Voraussetzungen für die Anwendung des § 139 erfüllt sind.

Für Preisvorschriften ergibt sich also die Auslegung, daß ein gegen jene verstoßendes Rechtsgeschäft im Gegensatz zur Regel des § 134 teilweise wirksam sein soll.

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob auch das Erfüllungsgeschäft hinsichtlich der Übereignung des Geldes teilweise in Höhe des unzulässigen Preises nichtig sein soll. Eine solche teilweise Nichtigkeit entspräche dem Zweck des betreffenden Verbotsgesetzes am ehesten, da der unzulässige Teil des Kaufpreises wieder gemäß § 985 oder bei Vermengung des Geldes mit anderem Geld gemäß § 951 Abs. 1 herausverlangt werden könnte ³⁾. Bedenken hiergegen ergeben sich aber aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsprinzip ⁴⁾. Bei einer nur teilweisen Nichtigkeit wäre nämlich nicht klar, an welchen Geldscheinen oder -stücken das Eigentum

1) Vgl. BGHZ 11, 90, 95

2) Vgl. hierzu Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 26 sowie oben S. 14 f

3) Nach der von Soergel-Siebert-Mühl, § 985, 17 und Westermann, § 30 V vertretenen Geldwertvindikation könnte der Kaufpreis gemäß § 985 auch zurückgefordert werden, wenn der (umgewandelte) Geldwert in anderen Scheinen, Münzen oder in Gestalt von Buchwert beim Besitzer unterscheidbar vorhanden ist.

4) Vgl. Baur, § 4 III

übergegangen ist. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Übereignung des gesamten Geldes nichtig ist. Somit kann zwar das Geld insgesamt gemäß § 985 zurückgefordert werden. Hinsichtlich des zulässigen Preises ergibt sich aber aus dem Erfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 2), der auf dem insoweit wirksamen Rechtsgrundgeschäft beruht, in Verbindung mit § 242 der Einwand der Arglist (*dolo facit qui petit quod statim redditurus est*). Denn der Käufer wäre verpflichtet, nach Erhalt des Geldes den Kaufpreis wieder an den Verkäufer zurückzugeben. Ob dagegen auch ein Recht zum Besitz gemäß § 986 hinsichtlich des zulässigen Kaufpreises besteht, erscheint im Hinblick auf das Bestimmtheitsprinzip zweifelhaft.

b) Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit

- § 3 AZO

Ähnlich wie bei den Preisvorschriften wird auch bei Überschreitung der nach § 3 der Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938 (RGBl. I S. 447) zulässigen Höchstarbeitszeit von acht Stunden allgemein davon ausgegangen, daß grundsätzlich nur der über die zulässige Arbeitszeit hinausgehende Teil der Vereinbarung gemäß § 134 nichtig ist ¹⁾. Begründet wird dies mit der allgemeinen Erwägung, daß bei Annahme der vollen Nichtigkeit des Vertrages der Zweck der Arbeitszeitordnung, den Arbeitnehmer zu schützen, ins Gegenteil verkehrt würde ²⁾. Dabei wird das Problem

1) Vgl. BAG SAE 1973, 10, 12; Hueck-Nipperdey, §§ 32 II 1, 33 Fn. 42); Zmarzlik, § 3, 23, 24, 25; BAGE 8, 47, 50 nimmt allerdings Nichtigkeit des ganzen Vertrags an, wenn es sich um das zweite Arbeitsverhältnis handelt und die Arbeitszeit im zweiten Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der im ersten Arbeitsverhältnis vereinbarten Arbeitszeit sehr erheblich überschritten wird; a.A. auch Ernst Wolf in seiner Anmerkung zu BAG SAE 1973, 10, 13

2) Vgl. Fn. 1)

der Gesamt- oder Teilnichtigkeit offensichtlich aber nur unter dem Aspekt des § 139 gesehen. Daß die Nichtigkeit gemäß § 134 nur die unzulässige Teilvereinbarung, nicht jedoch den gesamten Vertrag umfaßt, wird dagegen als selbstverständlich vorausgesetzt ¹⁾. Konstruktiv richtiger erscheint es jedoch - wobei sich im Ergebnis nichts ändert -, ähnlich wie das Reichsgericht bei den Preisvorschriften primär von der Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung gemäß § 134 auszugehen und dann im Rahmen des letzten Halbsatzes des § 134 zu fragen, ob der Zweck des § 3 AZO nicht eher erreicht wird, wenn der Vertrag nur teilweise nichtig und im übrigen wirksam ist. Dies läßt sich ebenso wie bei den Preisvorschriften bejahen ²⁾. Sodann ist allerdings zu fragen, ob die teilweise Nichtigkeit nicht gemäß § 139 zur Gesamtnichtigkeit führt. Dies hängt letzten Endes vom Willen der Beteiligten ab. Denn § 139 soll gerade der Verwirklichung des Parteiwillens dienen ³⁾. Der Schutzzweck des Verbotsgesetzes entfaltet daher seine Wirkung in erster Linie im Rahmen des § 134. Ein anderes Problem ist dann, inwieweit der Schutzzweck die Regelung des § 139 einschränken kann ⁴⁾.

c) Fehlerhafte Dauerrechtsverhältnisse

Wenn bei fehlerhaften Dauerrechtsverhältnissen in der Regel die Nichtigkeit nur für die Zukunft geltend gemacht werden kann ⁵⁾, so bedeutet dies nicht, daß das Geschäft

1) Vgl. S. 121 Fn. 1)

2) Vgl. oben S. 119 ff

3) Vgl. RGZ 122, 141; Palandt-Heinrichs, § 139, 3

4) Vgl. hierzu Soergel-Siebert-Hefermehl, § 139, 24 ff

5) Vgl. oben S. 16

für die Vergangenheit wirksam ist. Vielmehr wird die Nichtigkeitsfolge nur eingeschränkt, indem sie nicht mit ex-tunc-Wirkung geltend gemacht werden kann ¹⁾. Dies ergibt sich auch aus dem erwähnten ²⁾ Urteil des BGH ³⁾ im Fall der verbotenen Werbung mit Heilmitteln. Das Gericht wäre nämlich auch für die Vergangenheit zur Nichtigkeit gekommen, wenn der Dienstverpflichtete von dem Gesetzesverstoß gewußt hätte ⁴⁾. Die Anwendung der Grundsätze über fehlerhafte Dauerrechtsverhältnisse setzt also die volle Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts voraus. Es handelt sich daher nicht um eine teilweise Nichtigkeit wie z.B. bei den Preisvorschriften.

§ 6 Begründung der Nichtigkeit aus § 309 BGB

Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt die Anwendung des § 134 im Regelfall die Nichtigkeit eines gegen ein Verbotsgesetz verstoßenden Rechtsgeschäfts. Diese These wird dadurch unterstützt, daß sich nachweisen läßt, daß die Nichtigkeit eines gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts auch aus § 309 folgt. Diese Vorschrift erklärt für den Fall, daß ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, die §§ 307, 308 für entsprechend anwendbar. Sowohl § 307 als auch § 308 setzt voraus, daß der Vertrag nichtig ist; denn ein Vertrauensschaden kann bei wirksamem Vertrag nicht entstehen und die Regelung des § 308 ist überhaupt nur sinnvoll, wenn der Vertrag bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 308

1) Vgl. Flume, § 17, 4; Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145, 5 c cc

2) Vgl. oben S. 16, 27

3) BGHZ 53, 152

4) BGHZ 53, 152, 158

nichtig ist ¹⁾. Somit ergibt sich auch aus § 309, daß jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Nichtigkeit führt.

In diesem Zusammenhang erhebt sich allerdings die Frage, welche Bedeutung § 309 im Hinblick auf § 306 zukommt. Denn nach Auffassung der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum ²⁾ ist eine gesetzlich verbotene Leistung rechtlich unmöglich, so daß der Vertrag bereits gemäß § 306 nichtig ist, und daher die §§ 307, 308 direkt anwendbar sind. Teilweise wird hierzu angenommen, daß Fälle denkbar sind, in denen der Tatbestand des § 306 nicht erfüllt ist. Dies sei anzunehmen, wenn sich das gesetzliche Verbot nicht gegen die Erbringung der Leistung sondern etwa gegen den Abschluß des Vertrages oder gegen eine bestimmte Partei richte ³⁾. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. § 309 enthält keinen Vorbehalt zugunsten von sog. Ordnungsvorschriften oder einseitigen Verböten. Aus § 309 folgt daher gerade, daß bei jedem Gesetzesverstoß Nichtigkeit anzunehmen ist. Da § 309 im Gegensatz zu § 306 ausdrücklich die Fälle des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot regelt, ist § 309 vom Tatbestand her unmittelbar und deshalb vorrangig gegenüber § 306 anwendbar, so daß die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit gar nicht von § 306 erfaßt werden.

1) Vgl. RGRK-Wilde, § 309, 1

2) Vgl. RGZ 95, 347: Verkauf von aufgrund der Bundesratsverordnung über die Sicherstellung von Kriegsbedarf vom 24. Juni/25. November 1915 (RGBl. S. 357, 778) beschlagnahmten Sachen; 120, 402, 405 zur Vereinbarung, ein nach dem Gesetz rechtsunwirksam gewordenes Warenzeichen oder einen nicht mehr bestehenden Ausstattungs-schutz als rechtswirksam und weiterbestehend zu behandeln; Erman-Battes, § 306, 12; RGRK-Wilde, § 306, 7, § 309, 1; Rost, S. 57, 59, 234; Staudinger-Kaduk, § 306, 7, § 309, 7 a; a. A. Palandt-Heinrichs, § 306, 1; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, § 306, 5

3) Vgl. RGRK-Wilde, § 306, 7, § 309, 1

§ 7 Führt die gekennzeichnete Auslegung der Verbots-
gesetze zu jederzeit vertretbaren Ergebnissen ?

I. Rechtssicherheit

Als Argument gegen die grundsätzliche Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, dient bisweilen der Vorwurf, daß durch die Nichtigkeit die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werde ¹⁾. Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr führt gerade die hier vertretene Auffassung zu klaren und vorhersehbaren Ergebnissen und damit zu einer größeren Rechtssicherheit als die Methode der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum, bei der eine Prognose hinsichtlich der Wirksamkeit eines gesetzeswidrigen Rechtsgeschäftes nicht möglich ist.

Im übrigen würde man bei Berücksichtigung eines Verkehrsinteresses an der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften wohl kaum jemals zur Nichtigkeit gelangen. Denn der bei nichtigem Vertrag gegebene Rückabwicklungsanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 und/oder gemäß §§ 985, 986 birgt fast immer ein Moment der Unsicherheit in sich. Bei der Übereignung von Sachen besteht sie wegen der Möglichkeit des Gutgläubenserwerbs eines Dritten gemäß §§ 932 ff allerdings nur im Verhältnis der Vertragspartner. Hier kommt dem unwissenden Vertragspartner u. U. § 309 i. V. m. § 307 zu Hilfe, der aus Billigkeitserwägungen geschaffen wurde und das Vertrauensinteresse des schuldlosen Vertrags-

1) Vgl. RGZ 96, 343, 344: Handel mit Lebensmitteln ohne die erforderliche Erlaubnis (vgl. oben. S. 19); Enneccerus-Nipperdey, § 190 II 1; Langen, S. 327

teiles schützen soll ¹⁾. Unzulänglichkeiten, die sich im Verhältnis der Vertragspartner aus der Nichtigkeit ergeben können, können also vielfach durch die §§ 309, 307 aufgefangen werden.

II. Ist die zivilrechtliche Sanktion der grundsätzlichen Nichtigkeit unbillig ?

a) Ausgangspunkt der Rechtsprechung und Literatur

Die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts wird oft - insbesondere bei Verstößen gegen sog. Ordnungsvorschriften - als zu weitgehend empfunden. Ausdrücklich ist dies in BGHZ 46, 24, 27 f im Fall eines Verstoßes gegen §§ 35, 210 AVAVG betont worden. Dort wird ausgeführt ²⁾:

"Bei Nichtigkeit des Vertrages würde der Agent seinen vertraglichen Provisionsanspruch verlieren; er hätte auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818, weil einem solchen Anspruch die Einwendung des § 817 S. 2 entgegenstünde. Der Vermittler würde also für die Überschreitung seines Auftrags zivilrechtlich bestraft werden, und zwar zugunsten seines Vertragspartners. Dieser wäre nicht verpflichtet, die ihm zugutegekommene geldwerte Leistung des Vermittlers zu bezahlen, weil der Vermittler gegen ein öffentlich-rechtliches Verbotsgesetz verstoßen hatte. Ein solches Ergebnis entbehrt der inneren Begründung und kann deshalb nicht dem Sinn des Verbotsgesetzes entsprechen."

Hier werden Zweifel an der Nichtigkeit als angemessener Rechtsfolge deutlich ausgesprochen, weil sie neben dem straf- und verwaltungsrechtlich möglichen Sanktionen als

1) Staudinger-Kaduk, 307, 1

2) Vgl. oben S. 30 ff

zu hart empfunden wird. Der VIII. Zivilsenat des BGH zieht noch in Erwägung, daß es in dem Urteil des VII. Zivilsenats¹⁾ ausgereicht hätte, einen Erfüllungsanspruch auf die gesetzlich verbotene Leistung zu verweigern, nicht jedoch den gesamten Vertrag für nichtig zu halten. Hierbei bezog sich der BGH auf Flume²⁾. Nach Flume besteht zwar kein Anspruch auf Vornahme der verbotenen Handlung, wenn aber die verbotene Leistung erbracht ist, soll der Vertrag das Behalten der Leistung rechtfertigen. Die Leistung sei mit Rechtsgrund erfolgt, und es bestehe auch der vertragliche Anspruch auf die Gegenleistung.

Auch hieraus wird ersichtlich, daß es zwar einerseits - auch bei Ordnungsvorschriften - für unerträglich gehalten wird, wenn der Schuldner zur verbotswidrigen Erfüllung gezwungen werden kann, man andererseits aber vor der Konsequenz der Nichtigkeit wegen § 817 S. 2 zurückschreckt.

Abgesehen von einem etwaigen Ausschluß des Bereicherungsanspruches gemäß § 817 S. 2 sind bei einem nichtigen Vertrag auch die Gewährleistungsvorschriften sowie sonstige vertragliche Ansprüche ausgeschlossen. Da das OLG Celle³⁾ einen solchen Ausschluß für unbillig erachte, hielt es einen gegen das Schwarzarbeitsgesetz verstoßenden Werkvertrag für wirksam. Dabei verneinte das Gericht aber einen klagbaren Erfüllungsanspruch (!!).

1) BGHZ 37, 258: Art. 1 § 1 RBerG (vgl. oben S. 24 f)

2) § 17, 4 (vgl. oben S. 52 f)

3) JZ 1973, 246, 247

Angesichts solcher Stellungnahmen ist also zu untersuchen, ob die Ergebnisse, die sich bei Nichtigkeit der gesetzeswidrigen Verträge ergeben, tatsächlich so unbillig sind, wie es hingestellt wird.

b) Gleiche Ergebnisse vor Erfüllung

Bei der Untersuchung kann das Stadium vor Erbringung der verbotenen Leistung und der Gegenleistung außer Betracht bleiben. Sofern bei wirksamem Vertrag dem Erfüllungsanspruch der Arglisteinwand gemäß §§ 817 S. 1, 242 (dolo facit ...) ¹⁾ entgegensteht, oder sofern man sich der Auffassung anschließt, wonach trotz wirksamen Vertrages kein Anspruch auf die verbotene Leistung besteht ²⁾, ergeben sich ohnehin keine Unterschiede zwischen nichtigem und wirksamem Vertrag. Ist dagegen der Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung oder der Gegenleistung nur bei nichtigem Vertrag ausgeschlossen, so ist dieser Ausschuß jedoch nicht als unbillig, sondern als wünschenswert anzusehen, zumal in dieser Situation noch keine Partei benachteiligt ist.

c) Die Situation nach Erfüllung

aa) Beide Parteien haben ihre Leistung erbracht

Zunächst soll die Rechtslage erörtert werden, wenn beide Parteien ihre Leistung erbracht haben. Soweit bei nichtigem Vertrag beide Parteien bei Erbringung ihrer Leistung

1) Vgl. oben S. 105

2) Vgl. oben S. 52 f

gegen ein gesetzliches Verbot verstießen und dies wußten, kann nach § 817 S. 2 keine Partei ihre Leistung zurückfordern. Obwohl damit das gewollte verbotswidrige Geschäft tatsächlich durchgeführt wird, wird dieses Ergebnis allgemein gebilligt.¹⁾

Die Bedenken Honsells²⁾ gegen eine Perpetuierung des beiderseits erfüllten Rechtsgeschäfts können nicht geteilt werden. Abgesehen davon, daß sich diese Perpetuierung auch bei wirksamem Vertrag ergeben kann, wenn nämlich die Rückforderungsansprüche nach § 817 S. 1 gemäß § 817 S. 2 ausgeschlossen sind³⁾, und sich daher der Vorwurf nicht gegen die Nichtigkeit, sondern gegen die Regelung des § 817 S. 2 richten muß, kann die tatsächliche Durchführung des von den Parteien gewollten verbotswidrigen Rechtsgeschäfts durch den nach der hier vertretenen Auffassung⁴⁾ bei der verbotswidrig erfolgten Übereignung von Sachen immer bestehenden Herausgabeanspruch nach §§ 985, 986 vermieden werden⁵⁾. Sofern keine Sache übertragen wurde, ist es entweder gar nicht zu der gewünschten Rechtsänderung gekommen (z.B. bei der Abtretung befindet sich die Forderung noch beim Zedent) oder eine Herausgabe ist wegen der Beschaffenheit des Erlangten (z.B. bei unerlaubter Rechtsberatung) ohnehin nicht möglich, so daß nur ein Wertersatz in Frage kommt (§ 818 Abs. 2).

bb) Die rechtliche Situation bei Vorleistung

Problematisch ist der Fall, in dem bei nichtigem Vertrag

1) Vgl. die Übersicht bei Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 150 f; Rost, S. 225

2) Vgl. Honsell, a.a.O., S. 1 f

3) Vgl. oben S. 79

4) Vgl. oben S. 110

5) Im Ergebnis ähnlich Honsell, a.a.O., S. 150 f, der die Rückforderungsmöglichkeit jedoch aus dem Verbotszweck herleitet

nur der eine Teil seine Leistung erbracht hat. Bei einer Vorleistung hat der Leistende oft weder einen Bereicherungsanspruch (§ 817 S. 2!) noch einen Anspruch auf die Gegenleistung. Der Empfänger zieht also aus dem Verstoß des Vorleistenden einen Gewinn. Dies wird von manchen¹⁾ als unbillig angesehen.

aaa) Die Fälle, in denen ein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 besteht

Aus der Betrachtung können vorab die Fälle ausgeklammert werden, in denen auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist. Hier besteht nämlich ein durch § 817 S. 2 ungehinderter Rückforderungsanspruch des Vorleistenden gemäß §§ 985, 986²⁾. Da nach der hier vertretenen Auffassung in den Fällen der Übereignung die Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts anzunehmen ist³⁾, tritt hier das Problem der Vorleistung nicht auf.

Die in einzelnen Verbotsgesetzen enthaltene Möglichkeit der Einziehung von Amts wegen⁴⁾, die nur in Fällen der Übereignung von Sachen in Betracht kommt, hat daher für die Frage der Billigkeit wegen der Rückforderungsmöglichkeit gemäß §§ 985, 986 keine Bedeutung.

bbb) Keine Anwendung des § 817 S. 2 bei mangelnder Kenntnis des Gesetzesverstoßes

Des weiteren brauchen die Fälle nicht erörtert zu werden,

1) Vgl. BGHZ 41, 341, 349 zur Frage der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 auf Pacht- und Aufbauperträge über ein Bordell sowie auf Verwendungsansprüche nach §§ 994 ff; Bufe, AcP 157, 216 f; Heck, AcP 124, 4, 5; Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 139; Leonhard, § 264

2) Vgl. oben S. 107 f

3) Vgl. oben S. 110

4) Vgl. hierzu Rost, S. 230 ff

in denen der Vorleistende, der gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat, nichts von dem Gesetzesverstoß wußte. Nach h. M. findet hier § 817 S. 2 keine Anwendung¹⁾, so daß der Leistende seine Leistung gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 1, 2 zurückfordern kann.

So hätte man im Fall BGHZ 46, 24 (Verstoß gegen §§ 35, 210 AVAVG)²⁾ das in Anbetracht der bloß geringfügigen Überschreitung der Genehmigung dem Gericht bei angenommener Nichtigkeit unbillig erscheinende Ergebnis auch vermeiden können, wenn man wegen der bloßen Überschreitung der Genehmigung die positive Kenntnis des Arbeitsvermittlers verneint hätte und stattdessen etwa grobe Fahrlässigkeit angenommen hätte. Diese hätte für die Anwendung des § 817 S. 2 nicht ausgereicht³⁾.

ccc) Nichtanwendung des § 817 S. 2 zu Lasten des Vertragsteils, dessen Schutz das Verbotsgesetz bezweckt

Schließlich wird die bei der Vorleistung als unbillig empfundene Situation auch dadurch gemildert, daß nach der hier vertretenen Auffassung⁴⁾ in Fällen, in denen der Schutz des Vorleistenden bezweckt ist, eben dieser Vertragspartner nicht gegen das gerade ihn schützende Gesetz verstößt. Er kann daher seine Leistung ungehindert durch § 817 S. 2 zurückverlangen.

ddd) Vorleistung durch einen Vertragspartner, der nicht zum geschützten Personenkreis gehört

Auch hier können vorab die Fälle ausgeklammert werden,

1) Vgl. oben S. 41

2) Vgl. oben S. 30 ff

3) Vgl. BGHZ 50, 90, 92; Palandt-Thomas, § 817, 2 c

4) Vgl. oben S. 77 ff

in denen kein Unterschied zwischen den Rechtsfolgen bei wirksamem und nichtigem Vertrag besteht. Denn es gilt hier nur zu untersuchen, ob die Rechtsfolgen, die sich bei Annahme der Nichtigkeit im Unterschied zum wirksamen Rechtsgeschäft ergeben, zu unbilligen Ergebnissen führen. Wie die bisherige Untersuchung zeigte¹⁾, kann sich auch bei wirksamen Verträgen ein Vorleistungsrisiko ergeben. So konnte in dem näher untersuchten Fall, der dem BGH²⁾ zur Entscheidung vorlag, der Berater auch bei wirksamem Vertrag seine bereits erbrachte Leistung nicht zurückverlangen, da die Voraussetzungen des § 817 S. 1 nicht gegeben waren³⁾. Der Anspruch auf die Gegenleistung war trotz wirksamen Vertrags wegen des bestehenden Arglisteinwands gemäß §§ 817 S. 1, 242 (dolo facit ...) ebenfalls ausgeschlossen⁴⁾. Es bleiben somit für die eigentliche Frage, ob die Ergebnisse, die sich bei Nichtigkeit ergeben, jederzeit vertretbar sind, nur die Fälle übrig, in denen ein Anspruch gemäß § 985 nicht in Frage kommt, und die vorleistende Partei, für die die Voraussetzungen des § 817 S. 2 gegeben sind, entweder durch die Annahme der Leistung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 817 S. 1) oder bei Vorliegen des § 817 S. 1 die andere Partei ebenfalls § 817 S. 2 erfüllen würde, wenn sie geleistet hätte oder leisten würde. Denn hier hätte der Vorleistende bei wirksamem Vertrag einen Erfüllungsanspruch, dem der Arglisteinwand wegen § 817 S. 2 nicht entgegenstände⁵⁾.

Bei der Beurteilung dieser Fallgruppe muß man sich darüber im klaren sein, daß jede Art der Vorleistung ein Risiko

1) Vgl. oben S. 83

2) BGHZ 37, 258, vgl. oben S. 24 f

3) Vgl. oben S. 79, 83

4) Vgl. oben S. 74 ff, 82

5) Vgl. oben S. 90 f

darstellt. Das zeigt sich etwa im Konkurs ebenso wie bei der Rückabwicklung von nichtigen Verträgen.

Hat der Vertragspartner des Gemeinschuldners schon seine Leistung vollständig ohne Gegenleistung erbracht, so ist § 17 KO in Verbindung mit § 59 Nr. 2 KO nicht anwendbar. Der Leistende ist lediglich auf die Konkursquote angewiesen¹⁾. Dieses Ergebnis erscheint nicht unbillig, weil der Leistende auf die synallagmatische Abwicklung verzichtet hat und daher nicht schutzwürdiger ist als jeder andere Kreditgeber des Gemeinschuldners²⁾.

Auch im Falle einer einseitigen Ausführung eines nichtigen Vertrags trägt die leistende Partei das Risiko ihrer Vorleistung. Geht nämlich die Sache bei dem redlichen Empfänger ersatzlos unter, so entfällt gemäß § 818 Abs. 3 die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache. Dieses Ergebnis läßt sich auch nicht durch die von der h. M.³⁾ angewandte bereicherungsrechtliche Saldotheorie ändern, da der Empfänger keinen Bereicherungsanspruch gegen den Leistenden hat, von dem er den Wert der untergegangenen Sache abziehen könnte⁴⁾. Dieses Ergebnis wird allgemein gebilligt, da derjenige, der vorleiste, dies auf eigene Gefahr tue⁵⁾.

Selbst wenn beide Parteien redlich und innerhalb der Rechtsordnung handeln, wird der Verlust der Vorleistung oder der (vollen) Gegenleistung allgemein nicht als unbillig empfunden. Schließlich gibt das Gesetz dem Schuldner auch das Recht zur Leistungsverweigerung gemäß §§ 320 ff,

1) Vgl. Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, § 48 II 1

2) Vgl. Medicus, § 12 II 4 b

3) Vgl. RGZ 163, 348, 360; BGHZ 53, 144, 147 f; BGH NJW 1963, 1870 f; Palandt-Thomas, § 818, 6 D b; Staudinger-Seufert, § 818, 45; kritisch Flume, Festschrift für Niedermeyer, S. 103, 160 ff

4) Vgl. Medicus, § 12 II 3 b cc

5) Vgl. etwa Medicus a.a.O.; Staudinger-Seufert, § 818, 45 a; für eine Ausdehnung der Saldotheorie auf diese Fälle neuerdings Esser SBT, § 105 II 2

so daß keine gesetzliche Pflicht zur Vorleistung besteht. Soweit ein Vertragsteil ohne gleichzeitige Gegenleistung den Vertrag erfüllt, handelt er auf eigenes Risiko.

Diese Grundsätze müssen erst recht gelten, wenn jemand mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und dies auch weiß. In diesem Fall ist der Leistende nicht schutzwürdiger als der redliche und gesetzestreue Schuldner. Auch jener wird vom Gesetz nicht zur Vorleistung gezwungen. Hinzu kommt, daß er weiß, daß er mit seiner Vorleistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. In diesem Fall wäre es ein unverdienter Schutz, wenn man ihn besser stellen würde als den redlichen Vorleistenden und dabei auf die Einhaltung der Rechtsordnung, d.h. auf den von Verbotsgesetzen bezweckten Schutz der betroffenen Interessen, verzichten würde, indem man den Vertrag wegen des ausgeschlossenen Bereicherungsanspruches für wirksam erklärt. Dies ist jedoch die Überlegung, die den BGH in seiner Entscheidung BGHZ 46, 24 dazu führte, die Nichtigkeit zu verneinen. Aus dieser Begründung zieht Rost ¹⁾ sogar allgemein den Schluß, daß sich die Anwendung des § 817 S. 2 vermeiden läßt, wenn bei der Vorfrage der Nichtigkeit wegen eines Gesetzesverstoßes die Rechtsfolge des § 817 S. 2 mit einbezogen wird.

Auf der gleichen Ebene liegt auch das ebenfalls vom BGH ²⁾ herangezogene Argument, daß Verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen zur Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes ausreichen, während die sich aus § 817 S. 2 ergebende zivilrechtliche Sanktion als zu hart empfunden wird.

1) S. 168 ff; zur Kritik dieser Auffassung vgl. oben S. 41 f

2) BGHZ 46, 24, 27, 28: §§ 35, 210 AVAVG; ebenso OLG Köln NJW 1961, 1023: Bauvertrag trotz fehlender Baugenehmigung; OLG Düsseldorf MDR 1972, 321: § 56 Abs. 1 Nr. 2 GewO, vgl. oben S. 24 f

Diese These wird gerade durch die entschiedenen Fälle widerlegt, denn bei ihnen reichten die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen nicht aus, sonst wäre es nämlich gar nicht zu dem Gesetzesverstoß gekommen¹⁾.

Darüber hinaus würde man sich bei Zugrundelegung jener Argumentation gerade um den Präventiveffekt bringen, der aus § 817 S. 2 resultiert und dessen Bedeutung in der Praxis nicht unterschätzt werden darf²⁾.

Bestehen somit keine Bedenken gegen die Anwendung des § 817 S. 2 in den vorstehend genannten Fällen, so erscheint eine Einschränkung des § 817 S. 2 etwa unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Verbotsgesetzes³⁾ oder eine Beschränkung auf die Fälle der beiderseits vollzogenen Leistung⁴⁾, der Deliktsanstiftung⁵⁾ oder des Gesetzesverstoßes bei gleichzeitigem Sittenverstoß⁶⁾ nicht notwendig⁷⁾. Diese Versuche einer restriktiven Interpretation des § 817 S. 2 befriedigen vor allem auch deshalb nicht, weil weder eine Eingrenzung der Fälle, bei denen überhaupt Zweifel an der Billigkeit auftreten, vorgenommen noch näher untersucht wird, ob die Ergebnisse, die sich bei Anwendung des § 817 S. 2 ergeben, tatsächlich - wie allgemein angenommen - so unbefriedigend sind.

1) Vgl. oben S. 40 f

2) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 817 BGB: Verstoß des Arbeitgebers gegen tarifliches Verbot der Urlaubsabgeltung; BGH WPM 1973, 1024, 1026: §§ 35, 210, 211 AVAVG (vgl. oben S. 28 f); vgl. auch Benöhr, NJW 1973, 1286 f

3) Vgl. Fabricius, JZ 1963, 85 ff

4) Vgl. Buße, AcP 157, 215, 256

5) Vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 136 ff

6) Vgl. Seiler, Festschrift für Felgentraeger, S. 379, 391

7) So im Ergebnis auch BGHZ 8, 348, 368, 369; OLG Köln NJW 1961, 1473; OLG Braunschweig NJW 1964, 1279 f; Erman-H.P. Westermann, § 817, 15 ff; Esser SBT, § 103 IV 2; Soergel-Siebert-Mühl, § 817, 5; ausführlich Rost, S. 154 ff

cc) Vorleistungsähnliche Situationen bei beiderseits erfüllten Verträgen

Ähnlich wie bei der eigentlichen Vorleistung ist im Falle der beiderseitigen Erfüllung wirtschaftlich gesehen die Situation desjenigen, der seine Leistung wegen § 817 S. 2 nicht gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 zurückfordern kann, während der andere Vertragspartner ungehindert durch § 817 S. 2 seine Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 wiedererhält. Dies ist der Fall, wenn diese Partei nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, weil sie zu dem vom Verbotsgesetz geschützten Personenkreis gehört, oder weil zwar ein solcher Verstoß vorliegt, aber die notwendige Kenntnis des Gesetzesverstoßes fehlt. Die gleiche rechtliche Situation besteht jedoch auch bei wirksamem Vertrag, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. Nach § 817 S. 1 muß nämlich in diesem Fall derjenige, der seine Leistung gemäß § 817 S. 2 nicht zurückfordern kann, die Gegenleistung an den Vertragspartner herausgeben. Im Unterschied zur eigentlichen Vorleistung hat bei dieser Fallgestaltung allerdings der Vertragspartner, der die Leistung wieder herausgeben muß, nicht auf die synallagmatische Abwicklung verzichtet, sondern hat die Leistung bereits erhalten. Andererseits beruht diese vorleistungsähnliche Situation jedoch gerade auf dem bewußt verbotswidrigen Verhalten desjenigen, der seine Leistung verliert. Denn im Gegensatz zum anderen Vertragspartner hat er den Tatbestand für den Ausschluß der Rückforderung gemäß § 817 S. 2 erfüllt. Den Grund für die Abweichung von der üblicherweise beiderseits erfolgenden Rückabwicklung eines Vertrags hat also die benachteiligte Partei selbst gesetzt. Sie genießt - wie sich aus dem Grundgedanken des § 819 Abs. 2 ergibt - auch keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf die empfangene

Leistung. Die Regelung des § 819 Abs. 2, die eine verschärfte Haftung des verbotswidrig handelnden Empfängers vorsieht¹⁾, geht nämlich davon aus, daß derjenige, der sich seines Gesetzesverstoßes bewußt ist, nicht des Schutzes bedarf, da er auf die Beständigkeit des Erwerbs nicht vertrauen durfte²⁾.

Unterschiedliche Rechtsfolgen bei wirksamem und nichtigem Vertrag ergeben sich allerdings, wenn einer der Vertragspartner zwar die Voraussetzungen des § 817 S. 2 nicht aber die des § 817 S. 1 erfüllt. Dann besteht nämlich nur bei nichtigem Vertrag ein Bereicherungsanspruch des anderen Vertragspartners gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1. Auch hier hat jedoch der Empfänger den Ausschluß der Rückforderung seiner Leistung durch sein verbotswidriges Handeln verursacht. Im übrigen steht der Empfänger im Hinblick auf die erhaltene Gegenleistung aber besser, als wenn auch die Voraussetzungen des § 817 S. 1 gegeben wären. Denn nunmehr haftet er nur dann gemäß § 819 Abs. 1 verschärft, wenn er sich nicht nur des Gesetzesverstoßes, sondern auch der aus ihm folgenden Nichtigkeit bewußt ist³⁾. Weiß also der verbotswidrig Handelnde, daß der Vertrag nichtig ist, so verdient er keinen Schutz, da er nicht darauf vertrauen konnte, die empfangene Leistung zu behalten. Kannte er nur den Gesetzesverstoß, nicht aber die Rechtsfolge dieses Gesetzesverstoßes, so haftet er auch nicht verschärft. Dies hat für den Empfänger den Vorzug, daß er sich z.B. auf einen Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 berufen kann⁴⁾. Insofern ist der andere Vertragspartner mit einem gewissen Risiko belastet.

1) Vgl. Palandt-Thomas, § 819, 4

2) Vgl. Esser SBT, § 105 III, III I b

3) Vgl. Esser SBT, § 105 III 1 a

4) Vgl. Esser SBT, § 105 III

Eine der eigentlichen Vorleistung ähnliche Situation entsteht auch, wenn die bereits übergebene Sache wegen des nichtigen Übereignungsgeschäfts unbeschadet durch § 817 S. 2 gemäß §§ 985, 986 wieder herausverlangt werden kann¹⁾, während die Rückforderung der Gegenleistung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 an § 817 S. 2 scheitert²⁾. Wenn die benachteiligte Partei - ebenso wie in den anderen vorleistungsähnlichen Fällen - auch hier letztlich selbst den Grund für den Ausschluß der Rückforderung der eigenen Leistung zu verantworten hat, so besteht doch nunmehr insofern ein Unterschied, als der andere Vertragspartner seine Sache auch dann zurückverlangen kann, wenn er ebenfalls bewußt gegen das Verbotsgesetz verstoßen hat³⁾. Abgesehen davon, daß auch hier der redliche Besitzer in seinem Vertrauen auf sein vermeintliches Besitzrecht durch die §§ 987 ff geschützt wird⁴⁾, kann hier eher noch als bei den anderen vorleistungsähnlichen Fallgestaltungen der Rückforderungsanspruch nach §§ 985, 986 gemäß § 242, wenn nämlich seine Geltendmachung ein venire contra factum proprium darstellt⁵⁾, ausgeschlossen sein. Ist es im Interesse der Erreichung des Verbotszweckes gleichwohl notwendig, daß die Sache wieder an den Eigentümer zurückgelangt, so dürften regelmäßig Schadensersatzansprüche des Besitzers gemäß § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 StGB oder § 826 infrage kommen.

Auch für beiderseits erfüllte Verträge, bei denen nur eine Partei ihre Leistung zurückfordern kann, gelangt man also zu vertretbaren Ergebnissen.

1) Vgl. oben S. 107 f

2) Vgl. auch Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 56 sowie ders. JZ 1975, 441 Fn. 20)

3) Vgl. oben S. 107 f

4) Vgl. Baur, § 11 A II 2; Medicus, § 23 I

5) Vgl. auch Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 153 sowie ders. JZ 1975, 440

d) Ausschuß der vertraglichen Rechte bei nichtigem Rechtsgeschäft

Schließlich sei noch auf die Erwägungen des OLG Celle¹⁾ eingegangen. Dort ging es um Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung eines Schwarzarbeitsvertrags. Das Gericht verneinte zwar einen Anspruch auf Erbringung der verbotenen Leistung, hielt den Vertrag aber trotzdem für wirksam.

"Andererseits würde man aber den Schwarzarbeiter gegenüber anderen Unternehmern in unangemessener Weise privilegieren, wenn man dem Auftraggeber, der sich nicht strafbar gemacht hat, keine vertraglichen Ansprüche wegen Schlechterfüllung des Auftrages zusprechen würde. Der Auftraggeber wäre dann auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus Delikt angewiesen, die - insbesondere wegen der für vertragliche Ansprüche in § 282 BGB bestimmten Umkehr der Beweislast - schwerer zu verwirklichen wären. Der Zweck des Schwarzarbeitsgesetzes besteht nicht nur darin, die gewerbliche Wirtschaft zu schützen und Beeinträchtigungen des Steueraufkommens sowie des Beitragsaufkommens der Sozial- und Arbeitslosenversicherung zu verhindern. Es soll auch der Schutz des Auftraggebers vor Schäden durch minderwertige Leistungen und unsachgemäße Materialverwendungen dienen (vgl. die amtliche Begründung zum Gesetz, Bundestagsdrucks. 1111, 2. Wahlperiode; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, unter S. 38). Dem würde es widersprechen, wenn man dem Auftraggeber, der sich - wie die Klägerin - nach dem Schwarzarbeitsgesetz nicht strafbar gemacht hat, vertragliche Ansprüche wegen Schlechterfüllung, insbesondere wegen positiver Forderungsverletzung versagen würde."

Diese Argumentation ist zwar einleuchtend. Jedoch bedarf es nicht der dogmatisch zweifelhaften Konstruktion eines wirksamen Vertrages ohne Erfüllungsanspruch, um die vom OLG Celle befürchtete Privilegierung des Schwarzarbeiters zu vermeiden²⁾. § 309 i. V. m. § 307 hält für diese Situation

1) JZ 1973, 246, 247

2) Zweifelnd auch LG Karlsruhe NJW 1975, 1420, das den Schwarzarbeitsvertrag für nichtig hält

eine interessengerechte Regelung bereit¹⁾. Gemäß § 307 Abs. 1 hat nämlich der Werkunternehmer, der bei der Schließung des Vertrags, der auf eine gesetzlich verbotene Leistung gerichtet ist, das Verbotensein der Leistung kennt oder kennen muß, den Schaden zu ersetzen, den der Besteller dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut. Dieser Anspruch ist allerdings durch das Erfüllungsinteresse begrenzt. Zu ersetzen ist also das negative Interesse. Der Gläubiger ist daher so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte²⁾. Hätte er in diesem Fall von dem Abschluß eines unwirksamen Vertrags Abstand genommen und stattdessen einen wirksamen Werkvertrag abgeschlossen, so könnte er Ansprüche aus den Gewährleistungsvorschriften und aus positiver Forderungsverletzung geltend machen, oder es wäre u. U. gar nicht erst ein mangelhaftes Werk erstellt worden. Ein Ersatz für solche Schäden, soweit sie nicht das Erfüllungsinteresse überschreiten (§ 307 Abs. 1 S. 1), ist also im Rahmen des Vertrauensinteresses durchaus denkbar.

Zusätzliche Voraussetzung ist die vom Geschädigten zu beweisende Kenntnis oder das Kennenmüssen des Verbotenseins der Leistung³⁾. Zumindest ein Kennenmüssen (= fahrlässiges Nichtkennen: vgl. § 122 Abs. 2) wird sich gerade bei solchen berufsspezifischen Verböten wie dem Schwarzarbeitsverbot für den, der die verbotenen Arbeiten ausführt, in den meisten Fällen ohne Schwierigkeiten bejahen lassen.

1) So auch RGZ 105, 366, 368: Kauf von Lebensmitteln ohne die erforderliche Handelserlaubnis

2) Vgl. Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, § 307, 2

3) Vgl. Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, § 307, 3

Will sich der Schädiger von seiner Ersatzpflicht befreien, so muß er seinerseits gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 beweisen, daß der Geschädigte das Verbot kannte oder kennen mußte¹⁾. Dieser Nachweis wird sich je nach allgemeinem Bekanntheitsgrad des Verbotes mehr oder weniger schwer führen lassen. Eine solche Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Verbotsgesetzes hätte sich für die Klägerin wohl ohne weiteres bejahen lassen, da diese selbst Inhaberin eines Ladengeschäftes war. Bei Anwendung des § 307 wäre man also zur Ablehnung eines Schadensersatzanspruches gekommen.

Bemerkenswert ist u.a., daß das OLG Celle zwar grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung bejaht hat, andererseits aber doch Bedenken hatte, dem Schwarzarbeiter den gesamten Schaden aufzubürden. So lehnte das Gericht ein Mitverschulden des Bestellers ab²⁾, verneinte auch die Anwendung der Grundsätze über die schadensgeneigte Arbeit, wies dann jedoch unter Berufung auf § 242 die Klage zum überwiegenden Teil ab.

Die Ablehnung von über die §§ 309, 307 hinausgehenden vertraglichen Ansprüchen des Auftraggebers erscheint nicht als unbillig, da der Besteller sich hier zumindest fahrlässig außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat, und ihn daher auch das Risiko des Verlustes der aus einem Vertrag erwachsenden Vorteile (Gewährleistungsansprüche, positive Forderungsverletzung, § 282) trifft.

1) Vgl. Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, a.a.O.

2) JZ 1973, 247

Andererseits dürfte die Regelung des § 307 oft zu starr sein. Denn bereits Fahrlässigkeit des Geschädigten reicht aus, um ihm keinen Schadensersatzanspruch zu geben. Zu denken wäre daher eher an einen Ausgleich gemäß § 254, zumal § 307 ebenso wie die culpa in contrahendo im Gegensatz zu § 122 eine Haftung für schuldhaftes Pflichtverletzung darstellt¹⁾.

1) Vgl. Larenz SAT, § 8 III; Esser SAT, § 33 II 1, der allerdings die Anwendung des § 254 für de lege lata zweifelhaft hält.

E r g e b n i s

I. Sofern in einem Verbotsgesetz die zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes nicht enthalten ist, ist nach der Rechtsprechung und Literatur vom Sinn und Zweck des Verbotes her zu bestimmen, ob das Rechtsgeschäft nichtig sein soll oder nicht. Die für die Beantwortung dieser Frage bisher entwickelten Regeln und Auslegungskriterien können nicht überzeugen. Vor allem ist vom Standpunkt der Rechtsprechung und Literatur aus eine sichere Prognose nicht möglich, unter welchen Voraussetzungen ein gesetzeswidriges Rechtsgeschäft gleichwohl wirksam ist.

II. Einleuchtend erscheint allein die Argumentation, nach der Nichtigkeit gemäß § 134 dann eintritt, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes am ehesten bei Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts erreicht wird. Eine nähere Überprüfung dieser These hat gezeigt, daß in allen untersuchten Fällen eine Erreichung des Verbotszwecks am ehesten bei Nichtigkeit sowohl des Rechtsgrund- als auch des Erfüllungsgeschäftes möglich ist.

III.

1) Der Maßstab der sichersten Zweckerreichung bezüglich des jeweiligen Verbotsgesetzes findet seine Rechtfertigung in der üblichen Auslegungsmethode, nach der bei mehreren möglichen Auslegungen diejenige zu wählen ist, bei der der Zweck der auszulegenden Norm am ehesten erreicht wird.

2) Darüber hinaus ergibt sich die Nichtigkeit von verbotswidrigen Rechtsgeschäften auch mittelbar aus § 309.

3) Ausnahmen von der grundsätzlichen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ergeben sich:

- a) teilweise aus dem Verbotsgesetz selbst - z.B. §§ 456 bis 458, 1238 Abs. 1 und 2, § 241 KO i. V. m. § 30 KO, § 3 AnfG, §§ 60, 61 HGB - oder teilweise aus anderen gesetzlichen Vorschriften - z.B. § 123 (§ 263 StGB) § 135, § 440 Abs. 1 (nur bei anfänglichem Unvermögen), §§ 932, 816 (§ 246 StGB) -
- b) bei Preisvorschriften
- c) bei Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit - § 3 AZO

IV. Die weitgehende Nichtigkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte führt auch nicht zu angeblich unbilligen Ergebnissen.

V. Im Ergebnis bestehen also keine Bedenken, jedes Rechtsgeschäft - von den erwähnten Ausnahmen abgesehen -, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gemäß § 134 als nichtig anzusehen.

LEBENS LAUF

30. Juli 1943	als Sohn der Eheleute Günter und Christa Kramer, geb. Hermstädt, in Berlin geboren
Sept. 1949 - März 1954	Besuch der Volksschule in Berlin-Tempelhof
April 1954 - Herbst 1961	Besuch des Canisius-Kolleg-Gymnasiums in Berlin
Herbst 1961 - Ostern 1962	Besuch des Gymnasiums am Kurfürstlichen Schloß in Mainz
Mai 1962 - September 1964	Lehrzeit zur Ausbildung als Versicherungskaufmann beim Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. in Mainz
Oktober 1964 - Juni 1966	Tätigkeit beim Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. in Mainz
April 1965 - März 1967	Besuch des Abendgymnasiums in Mainz
7. März 1967	Abitur
April 1967 - September 1967	Bundeswehr
Oktober 1967 - Juli 1971	Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz
19. Januar 1972	erste juristische Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Mainz
1. März 1972 - 31. Juli 1974	juristischer Vorbereitungsdienst im Bereich des OLG Koblenz
19. Juli 1974	zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt für Juristen in Mainz
seit 2. Januar 1975	Tätigkeit als Regierungsrat im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern

Dissertationsdruck
GmbH & Co. KG.

Schadel & Wehle

86 Bamberg · Hohe-Kreuz-Sti. 9b · Tel. 0951/21617[5 4414]